CORSO

di

DRITTO FRANCESE

SECONDO IL CODICE CIVILE.

CORSO

di

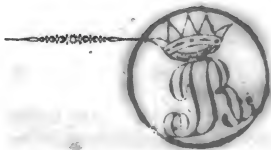
DRITTO FRANCESE

SECONDO IL CODICE CIVILE,

del Signor **Duranton**,

PROFESSORE NELLA FACOLTÀ DI DIRITTO IN PARIGI,
MEMBRO DELLA LEGIONE DI ONORE.

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA SULLA EDIZIONE PARIGINA, CORREDATA DI NOTE DIRETTE PRINCIPALMENTE AD ILLUSTRARE LE LEGGI CIVILI PEL REGNO DELLE DUE SICILIE.

TOMO DICIOTTESIMO.

NAPOLI,
Dalla Tipografia di Nicola Mosca
1841

CORSO

di

DRITTO FRANCESE

SECONDO IL CODICE CIVILE

LIBRO III.

De' differenti modi co' quali si acquista la proprietà.

TITOLO XI.

Del deposito e del sequestro.

Osservazioni preliminari.

SOMMARIO.

1. *Definizione del deposito.*
2. *Sviluppamenti.*
3. *Quante specie di deposito vi sono.*
4. *In quanti sensi prendesi la parola* deposito.

1. Una terza specie di contratto che oltre il consenso delle parti, richiede la consegnazione di una cosa perchè sia formato, è il deposito, il quale secondo il Codice è in generale un *atto* con cui si

riceve la cosa altrui coll' obbligo di custodirla e di restituirla in ispecie; art. 1915 c. c. = *1787 ll. cc.*

2. Questo atto del resto è un contratto anche nel caso del deposito necessario; ma siccome nel deposito ordinato dal giudice, che chiamasi sequestro, non ci è contratto propriamente parlando tra chi ha ricevuto la cosa e colui al quale dev' essere restituita, la denominazione *di atto*, di cui fecesi uso per definire il deposito in generale, conveniva in fatti meglio che quella di contratto, giacchè il contratto suppone il consenso di due o più persone sopra una medesima cosa che loro convenga di dare, di fare o di non fare; art. 1102 c. c. = *1056 ll. cc.*

3. Vi sono due specie di deposito: il deposito propriamente detto, ed il sequestro; art. 1920 c. c. = *1792 ll. cc.*

Il deposito propriamente detto è pur esso di due sorte:

Il deposito volontario o ordinario,

Ed il deposito necessario o fatto nel caso di qualche accidente straordinario o di forza irresistibile, in cui il deponente non potè scegliere la persona alla quale affidò la cosa sua; art. 1949 c. c. = *1821 ll. cc.*

Tratteremo da principio del deposito propriamente detto in una prima parte, e del sequestro in una seconda.

4. La parola *deposito* ha doppio senso, ora esprimendo il contratto stesso; ed ora la cosa che ne forma l'oggetto; art. 1944 c. c. = *1816 ll. cc.*

PRIMA PARTE

DEL DEPOSITO PROPRIAMENTE DETTO.

CAPITOLO PRIMO

Della natura del contratto di deposito.

SOMMARIO.

5. *Il contratto di deposito si annovera fra quelli che per esistere hanno bisogno della consegnazione di una cosa.*

6. *Basta nondimeno la volontà del deponente, quando la cosa si trovi già in mano di colui al quale egli vuole affidarla.*

7. *Non è necessario che il deponente stesso consegni la cosa, purchè sia consegnata in suo nome.*

8. *Nè che sia consegnata al depositario medesimo.*

9. *L' errore sulla cosa depositata non osta che siavi deposito.*

10. *Nè l' errore sul nome del depositario o del deponente.*

11. *Il depositario non* possiede *la cosa, ma soltanto la* detiene.

12. *Non avvi deposito, ma un mandato o altro contratto, allorchè lo scopo principale propostosi dalle parti con la consegnazione d' una cosa, sia tutt' altro che la semplice custodia della medesima: esempio.*

13. *Altro esempio.*

14. *Altro caso analogo.*

15. *Ma quando il fine principale sia la custodia della cosa, il contratto è pur quello di deposito, quantunque il depositario far debbe qualche cosa per bene eseguirlo.*

16. *Importanza di queste distinzioni prima della legge del 28 aprile 1832.*

5. Abbiam detto il deposito essere un contratto con cui taluno consegna altrui una cosa per custodirla e restituirgliela quando gliela ridomanderà. In fatti allora il contratto di deposito è perfetto quando consegnasi una cosa, poichè il suo scopo consiste nella custodia stessa di questa cosa.

6. Del resto basta la tradizione finta, come lo dice l' art. 1919 c. c. = *1791 ll. cc.*, cioè la convenzione che colui il quale detiene già la cosa ad altro titolo, la deterrà da ora innanzi a titolo di deposito. È allora una novazione del primo contratto, ed incumberebbe perciò a quella parte la quale pretendesse di essere avvenuta tale novazione il farne la pruova, in caso che l'altra parte ciò neghi.

Avvi ugualmente deposito allorchè io porti qualche cosa in casa di un vicino, colla intelligenza

di costui, il quale tacitamente assume l'incarico di custodirla appunto perchè non la rifiuta. Ma bisogna nulladimeno che non sia dubbiosa la sua intenzione di custodirla a titolo di deposito.

7. Nè tampoco è necessario, perchè siavi deposito, che colui in nome del quale vien fatto consegni egli stesso la cosa: per esempio, se io do incarico a Paolo di darvi il mio oriuolo in deposito, ed egli ve lo dia in effetti a nome mio; o se Paolo, detentore del mio oriuolo, ve lo dia in deposito di proprio moto, ma in mio nome, vi sarà deposito tra voi e me, e non tra voi e Paolo, il quale avrà semplicemente prestata l'opera sua per formare il contratto.

8. Ed in senso inverso, perchè esista tra voi e me il contratto di deposito, non fa d'uopo che io consegni a voi stesso, o che vi faccia consegnar la cosa che ho proponimento di affidarvi a titolo di deposito: basta che la consegni o la faccia consegnare a qualcuno da voi indicato per riceverla a questo titolo (a).

9. Del resto importa poco che il deponente siasi ingannato sulla cosa che credè di depositare; per esempio, che abbia affidato il tale brillante al depositario, mentre credeva di affidargliene un altro; e *vice versa* è indifferente che il depositario siasi in-

(a) Anche per diritto romano vi era sempre azione *depositi*, tanto se la cosa si consegnava alla persona del depositario, quanto se si consegnava ad altri in suo nome, ovvero colla sua approvazione: *l. 1, § II, ff. depositi*. Trad.

gannato sulla cosa a lui consegnata: sì nell' uno che nell' altro caso, la cosa consegnatasi dovrà restituirsi, e non altro che ciò si dovrà restituire.

10. Avverrebbe lo stesso, abbenchè io fossi stato in errore sulla persona del depositario, per esempio, se dia a custodire una cosa a Paolo che ho creduto esser Giovanni; imperocchè presi meno in considerazione la persona di Paolo quando per errore gli detti in custodia una cosa, che colui al quale effettivamente l' affidai, chiunque egli si fosse. Per la medesima ragione, l' errore del depositario sulla persona che gli fece il deposito, credendo che fosse Paolo, mentre era Giovanni, non osta al contratto di deposito, atteso che in siffatto caso l' errore non cade sopra una cosa essenziale a questo contratto.

11. Siccome lo scopo principale che le parti si propongono nel contratto di deposito è la custodia della cosa, segue da ciò che il depositario non la *possiede* civilmente, al pari che un creditore possiede il pegno datogli, ma soltanto la detiene: il deponente continua a possederla per organo suo.

12. E poichè fine principale del contratto di deposito è la custodia della cosa a questo titolo consegnata, non vi sarebbe deposito, ma qualche altro contratto nel caso in cui le parti nel far la convenzione e nel consegnar la cosa si avessero principalmente proposto qualche altro scopo che la semplice custodia, quando anche questa si trovasse secondariamente compresa nelle obbligazioni di colui al quale fosse affidata la cosa, come spesso avviene

nel caso di un mandato, ed in altri ancora: sarebbe esso un mandato ovvero un' altra specie di contratto, secondo le circostanze del fatto; giacchè, dice il giureconsulto Ulpiano nella legge 8, *pp.* ff. *Mandati*, convien sempre attenersi al fine principale che le parti si proposero nel contrattare: *uniuscujusque contractus initium spectandum est.* Segue da ciò che se io affidi documenti ad un patrocinatore per difendermi in una lite in cui sono impegnato, non è questo un deposito, ma un mandato, poichè lo scopo principale che mi proposi non era la custodia di questi documenti, ma la mia difesa in siffatta lite. In vece che se avessi affidato tali documenti a questo patrocinatore o ad altri perchè li custodisse senza farne uso, sarebbe stato un deposito, e non già un mandato.

13. Similmente, se io consegno una somma di danaro a taluno per portarla al mio creditore, è questo un mandato anzi che un deposito, anche nel caso in cui avessi detto a tale persona che se non ritrovasse in casa il mio creditore, o se costui non volesse ricevere il suo pagamento, tenesse il danaro in mano sua sino a nuovo avviso da parte mia; perciocchè la custodia di questo danaro, pel caso in cui non fosse pagato al mio creditore, era una cosa secondaria e sussidiaria: oggetto principale del contratto era il fatto di portar la somma in casa del mio creditore, di rappresentarmi nel pagamento che io voleva fare a costui (1).

(1) L. 1, § 12. ff. *Depositi vel contra.*

14. Così pure, quando dia incarico a taluno di ricevere per me una certa somma dal mio debitore, anche a patto di tenere il danaro in poter suo sino a nuovo avviso da parte mia, non è questo un contratto di deposito, ma piuttosto un contratto di mandato, essendo l' incarico di ricevere lo scopo principale che io mi proposi: *est prior contractus*, dice Ulpiano su questo caso (1).

In conformità di queste regole la Corte di cassazione giudicò, con arresto del 20 maggio 1814 (2), che colui il quale aveva ricevuto cambiali per riscuoterle a conto di chi gliele avea spedite, doveva esser considerato come mandatario, e non come depositario.

15. Del resto, allorchè sia scopo principale del contratto la custodia della cosa, la circostanza che colui al quale vien questa consegnata a titolo di deposito dovesse far alcun che, non cangia la natura del contratto: per esempio, nel caso del deposito di un cavallo, di cui bisogna che il depositario abbia cura e gli dia da mangiare.

16. Prima della legge del 28 aprile 1832, che modificò l' attual Codice penale, la distinzione aveva soprattutto grande importanza. In effetti, secondo l' art. 408 c. pen. = *430 n.° 4 ll. pen.*, combinato coll' art. 406 *ibid.* = *433 e 434 ibid.*, l'abuso di fiducia commesso da un depositario è pu-

(1) L. 1, § 13, *dicto titulo.*
(2) *Sirey*, 1814, 1, 149.

nito con prigionia non minore di mesi due e non maggiore di due anni, e con un'ammenda che non può eccedere il quarto delle restituzioni e de' danni ed interessi dovuti alla parte offesa, nè esser minore di venticinque franchi; mentre nè questo articolo, nè alcun altra disposizione comminava simili pene contro l' abuso di fiducia commesso da un mandatario nell' esecuzione del mandato, qualora non si fosse stipulato alcun salario. Ma, secondo la precitata legge, il suddetto art. 408 pronunzia le stesse pene contra « chiunque avrà distor- « nato, a danno de' proprietarî, de' possessori o dei « detentori, effetti, danari, mercanzie, biglietti, « quietanze, o qualsivoglia altro scritto che con- « tenga o produca obbligazione o discarico, quan- « do non gli erano stati consegnati se non a ti- « tolo *di locazione*, *di deposito*, *di mandato*, o « *per un lavoro salariato* o *non salariato*. E se « l'abuso di fiducia sia stato commesso da un do- « mestico, da un uomo di servizio stipendiato, da « un alunno, aiutante, commesso, operaio, com- « pagno o principiante, in danno del suo padrone, « la pena sarà quella della reclusione. »

17. Niuna disposizione del Codice civile pronuncia l' arresto personale contra il mandatario infedele: soltanto il Codice di procedura, art. 126 = 220 *ll. pr. civ.*, permette a' giudici di pronunciarla in materia civile, per danni ed interessi maggiori di trecento franchi; mentre che dicendo l' art. 1945 c. c. = *1817 ll. cc.* che il depositario infe-

dele non è ammesso al beneficio della cessione, presuppone appunto con ciò che sia soggetto all'arresto personale. Ma è questo un punto che dovremo spiegare in appresso, esaminando tale articolo.

18. In generale il depositario è soltanto tenuto di avere nella custodia e conservazione della cosa depositata, le stesse cure che ha per la conservazione delle cose proprie; in vece che riputandosi che un mandatario, nell'addossarsi un affare il quale richiede una certa abilità, prometta questa medesima abilità, è generalmente risponsabile delle colpe da lui commesse nella esecuzione del mandato, quando anche fosse un uomo inabile e negligente per natura sua, ed avesse commesso le stesse colpe in quanto ai proprî affari o alla propria cosa. E questa risponsabilità applicasi pure con più rigore al mandatario che riceve una mercede.

19. La legge non interdice ad un mandatario di opporre al mandante la compensazione di ciò che gli deve per ragion del mandato, mentre che l'art. 1293 c. c. = *1247 ll. cc.* vieta al depositario di opporla al deponente a causa del deposito, e vi son pure talune altre differenze fra questi due contratti.

20. Quello di deposito è essenzialmente gratuito (art. 1917 c. c. = *1789 ll. cc.*), altrimenti sarebbe una locazione di opera, o altra specie di contratto, secondo che la mercede pattuita per la custodia della cosa consistesse in danaro o in altro.

In verità l'art. 1928 c. c. = *1800 ll. cc.* suppone, 1.° che il deposito possa farsi anche nell'in-

teresse del depositario, anzi nell'interesse di costui soltanto, il che non può conciliarsi con l'idea di un contratto esssenzialmente gratuito; e 2.° lo stesso articolo suppone ancora che il depositario abbia potuto pattuire una mercede, il che allora ne fa eziandio un contratto interessato dall'una e l'altra parte; ma n'è motivo che in tali casi, soprattutto nell'ultimo, il deposito ha qualche cosa d'irregolare, e nell'art. 1917 c. c. = *1789 ll. cc.* ebbesi in mira i casi di un deposito regolare, il deposito nei casi ordinarî, e *de eo quod plerumque fit statuit legislator.*

21. Il contratto di deposito, come quelli di comodato e di mandato, è uno de' contratti che Pothier chiamava *sinallagmatici imperfetti*, per dire che le due parti possono trovarsi obbligate l'una verso l'altra, ma che le obbligazioni di entrambe non risultano necessariamente ed immediatamente dal contratto; che quelle di una di esse non risultano che da un fatto posteriore al contratto. Ed in vero il depositario è obbligato verso il deponente col fatto stesso del contratto, cioè con la ricezione della cosa, ma il deponente non lo sarà verso il depositario se non quando avrà costui fatto qualche spesa in occasione del deposito: la sua obbligazione risulterà da un ulteriore avvenimento. In vece che nei contratti perfettamente sinallagmatici, nella vendita, per esempio, ciascun contraente è obbligato fin da principio, col fatto stesso del contratto: il venditore a consegnar la cosa, ed il com-

pratore a pagarne il prezzo. A tenore di tali massime i giureconsulti romani distinguevano le azioni che nascono dal contratto in azione *depositi directa*, ed in azione *depositi contraria:* la prima era concessa al deponente o di lui erede contra il depositario o di lui erede; e la seconda competeva al depositario o di lui rappresentante contra il deponente o di lui rappresentante.

22. Secondo il Codice, il deposito propriamente detto non può avere per oggetto se non cose mobili (art. 1918 c. c. = *1790 ll. cc.*); mentre che il sequestro può avere per oggetto tanto cose mobili quanto cose immobili.

Se adunque io dia incarico a qualcuno di custodire i miei immobili, è questo piuttosto un mandato che un deposito, giacchè la custodia d' immobili richiede ben altro che una semplice vigilanza: qualora sien fondi, bisogna visitarli, e per loppiù farli coltivare; se trattisi di una casa, conviene rinnovar l' aria agli appartamenti, ec. Del resto la semplice consegnazione delle chiavi di una casa costituisce un vero deposito, ma se la persona debbe andar nella casa por farvi qualche cosa, anche semplicemente per visitarla di tempo in tempo, avvi piuttosto mandato che deposito, e la consegnazione delle chiavi è soltanto una cosa secondaria al contratto di mandato, per agevolarne la esecuzione.

Il romano Dritto non offre testi positivi intorno alla quistione se possa farsi il deposito d' immobili: se ne rinvengono soltanto circa al comodato di

beni di tal natura (1); ma taluni autori (2) argomentano da simili testi per dire di potersi affidare a titolo di deposito immobili non meno che mobili. Non fece ad essi impressione che per loppiù vi è da praticar qualche cosa nella custodia degl'immobili; giacchè, dicevano essi, ciò non sempre avviene, e poi nella custodia delle cose mobili, il depositario talora deve anche far qualche cosa per custodire la cosa: a cagion di esempio, se l'oggetto del deposito sia un animale, bisogna che il depositario ne prenda cura, lo nutrisca; mentre che se trattisi di una selva, di un pascolo, si dovrà semplicemente invigilarlo, perchè niuno vi commetta guasti, o vi mandi a pascolare i suoi bestiami: d'onde quei giureconsulti conchiudevano che il deposito può avere per oggetto sì mobili che immobili.

Il Codice stabilì diversamente, e se nell'art. 125=*131 ll. cc.* qualifica come *deposito* l'immissione provvisionale in possesso de' beni d'un assente, ciò è per dire che il mandato giudiziario di cui trattasi avrà le caratteristiche del deposito, a fin di limitare la estensione de' poteri degl'immessi in possesso, e di renderli risponsabili come depositarî.

23. Si può dare in deposito ogni specie di cose mobili, danaro, derrate, mobiglia, documenti,

---

(1) L. 1, § 1, ff. *Commodati vel contra.*

(2) In specie Voet, *ad Pandectas*, tit. *Depositi vel contra*, n.° 3, ed i Professori di Lovanio, *Recitationes ad Pandectas*, tit. *Depositi vel contra.*

cc.; ma perchè siavi realmente deposito, non bisogna, quando trattisi di contante o altre cose fungibili, che sieno esse consegnate perchè chi li riceve ne divenga proprietario, coll' obbligo soltanto di restituirne altrettanto della stessa natura e bontà; giacchè allora sarebbe questo un prestito di consumo, e non già un deposito, ed i rischi andrebbero a carico suo; in vece che nel deposito, essi vanno a carico di colui che affida le cose, e vi sono anche altre differenze negli effetti di questi due contratti.

Il deposito adunque è di un oggetto certo, e non di una quantità: deve restituirsi la stessa cosa in ispecie (art. 1915 c. c. = *1787 ll. cc.*); in vece che nel prestito il mutuatario deve soltanto restituire una stessa quantità di cose della medesima specie e qualità, non importa se le stesse o altre.

24. Nondimeno nulla impedisce che facendovi io un deposito di danaro, o di grano o di altre cose che si consumano coll' uso, vi autorizzi a servirvene, se vi convenga, se ne abbiate bisogno; art. 1930 c. c. = *1802 ll. cc.* È questo il caso letteralmente preveduto nella legge 1, § 34, ff. *depositi;* ma il giureconsulto ha cura di dire che il contratto, da principio deposito, diverrà mutuo appena che colui il quale ricevè le cose le adoperrà a suo proprio uso (a). In fatti da questo istante

(a) Non perchè si danno in deposito cose *fungibili*, dicendosi espressamente di doversi restituire in natura, cessa di essere deposito; fa d' uopo che, secondo il responso di Papiniano nella legge

sono a suo rischio; mentre che prima erano a rischio di chi glie le consegnò.

---

24 ff. *depositi*, sia espressamente convenuto *ut tantundem*, non già *eadem corpora redderentur*, perchè cessasse di esservi deposito, e degenerasse in altro contratto. Cuiacio (tom. 4 c. 216 L. D.) spiega il suddetto responso nel seguente modo: *Palam edico, ut pecunia deposita utaris, non depono, sed credo. Et ita Accursius distinguit, utrum usus pecuniæ permittatur nominatim an tacite. Nam si nominatim pecunia credita sit in ipso momento videretur contrahentes mutasse propositum, et depositum mutasse in creditum.* SED SI TACITE PERMITTATUR USUS PECUNIÆ DEPOSITÆ, NON DESINIT ESSE DEPOSITIO; *et ita in mutuo, si convenerit ut eadem corpora nummorum redderentur, quod videtur alienum a natura mutui, quia mutuum damus recepturi idem genus, non speciem; mutuum est quantitatis non corporis: valet tamen ea pactio, quia non palam tibi interdico usus pecuniæ, licet legem adiiciam ut reddas eamdem pecuniam, et possis uti medio tempore. Idem erit in deposito, si convenerit ut usuras præstes, vel ut tantundem reddas; quia hoc non palam edico; ut ea pecunia utaris, sed tacite tantum per consequentiam. Et multa quæ non fiunt rite propalam, fiunt rite per consequentiam et tacito intellectu: sunt hujus rei innumera exempla.*

Questo principio viene espressamente stabilito nella legge 9, § 19, ff. *de reb. credit.*, dove Gotofredo avverte: *Si deposita pecunia vel commodata postea tibi* UTI *permisero, etiam antequam mota sit, dicitur* MUTUA. Il nostro Cirillo (*in Tractat. de pactis, cap. 3*) dice: *Quid contra substantiam contractuum pacta fiant? Interesse Hotomanus inquit q. 37 nam pacta per se constant, h. e. nam talia sint, ut servari per se queant, an prioris negotii accessiones sint: posteriore hoc casu pacta solvis contractibus vitiari: priore illo novos inducere contractus. Pactorum, quæ per se constant, exempla sunt hæc. In mandato,* DEPOSITO, *commodato,* QUORUM CONTRACTUUM NATURA EST UT GRATUITI SINT, *de certa mercede convenit. Id pactum contra eorum contractum substantiam est, ac per se constat, proinde* NOVUM *inducit* CONTRACTUM, *puta locationem: § ultim., Instit. de mandat., l. 1 § 8 ff. depos., l. si ut certo 5 § 2 ff. commod., l. si sibi 22 ff. de præsc. verbis. In* DEPOSITO *cujus natura non patitur depositarium re depositanti, con-*

Tali sono le caratteristiche generali del contratto di deposito: ne svilupperemo ora gli effetti.

CAPITOLO II.

Del deposito volontario.

SOMMARIO.

25. *Divisione del capitolo.*

25. Intorno al deposito volontario vedremo in una prima sezione le regole concernenti la sua formazione e la pruova del contratto;

In una seconda, le obbligazioni del depositario;

Ed in una terza, le obbligazioni del deponente.

venit, ut is deposita pecunia uteretur. Id pactum, quamvis interpositum ex intervallo, MUTUUM *inducit : l. certi 9 § ult. ff. de reb. creditis, l. hujus 24 ff. depositi.* Queste teoriche si trovano adottate colla decisione dei 30 aprile 1835 della nostra Corte Suprema di giustizia nella causa tra CASALE e DE LUISI, ed in grado di rinvio con decisione della 1.ª camera della G. C. civile di Napoli di settembre 1836. TRAD.

SEZIONE PRIMA

Regole sulla formazione del deposito volontario, e sulla pruova del contratto.

§ I.°

Della formazione del deposito volontario.

SOMMARIO.

26. *Il deposito volontario richiede il reciproco consenso delle parti, a differenza del sequestro ordinato dal giudice.*
27. *Se mai necessiti, perchè il deposito possa regolarmente farsi, che il deponente sia proprietario della cosa depositata.*

26. Il deposito volontario formasi col consenso reciproco di chi deposita, e di chi riceve la cosa in deposito (art. 1921 c. c. = *1793 ll. cc.*); cioè che a differenza del deposito necessario, il deponente fa liberamente il deposito, senza esservi costretto da qualche accidente di forza irresistibile, e sceglie a mente libera la persona cui lo affida. Del resto lo stesso deposito necessario formasi pure col consenso delle parti, giacchè senza di ciò non vi sarebbe contratto, e questo deposito è benanche un contratto. E, come più sopra si è detto, perchè siavi deposito bisogna che si consegni una cosa a questo titolo, se colui al quale si vuole affidarla non siane già detentore a qualche altro titolo.

27. Secondo l'art. 1922 c. c. = *1794 ll. cc.*, il

deposito volontario non può regolarmente farsi se non dal proprietario della cosa depositata, ovvero col suo consenso espresso o tacito.

Ma primieramente non si può scorgere alcuna differenza a tal riguardo tra il deposito necessario e il deposito volontario.

In secondo luogo si riguardò sempre come regolarissimo il deposito della cosa altrui fatto senza il consenso del proprietario; il che non formò giammai dubbio nel Dritto romano. In fatti il deposito non ha per oggetto di conferire la proprietà della cosa al depositario, e nè anche il semplice usufrutto, ma ha soltanto per iscopo la custodia della cosa: ora per avere interesse a ciò, non fa d'uopo di esserne proprietario. Il depositario stesso ben può affidare ad altri la cosa da lui ricevuta a questo titolo, e risulterà indubitatamente da questo contratto l'azione *regolare* di deposito. Non domanderà egli come proprietario la restituzione della cosa, ma come deponente, in virtù della consegnazione da lui fattane e della fede promessagli. Altronde il Codice medesimo non esige che il depositario possa richiedere dal deponente la pruova di esser costui proprietario della cosa (art. 1938 c. c. = *1810 ll. cc.*); ed anche nel caso in cui abbia scoperto che sia stata rubata e conoscesse il proprietario, è obbligato di restituirla al deponente, se il proprietario non la riprenda in un determinato e congruo termine, dopo la denunzia che dovette fargli *(ibid)*; prova ben evidente che il

deposito della cosa altrui produce tra le parti le obbligazioni che risultano da un vero contratto di deposito.

Adunque non altro s' intese dire con l' art. 920 c. c. = *837 ll. cc.* se non che nel caso in cui il deposito della cosa altrui siasi fatto senza il consenso espresso o tacito del proprietario, se costui si presenti e reclami la sua cosa, siccome essa deve restituirsi a lui in preferenza, il depositario trovasi con ciò liberato verso il deponente, quasi non vi fosse stato deposito.

§ II.°

Della pruova del deposito volontario.

SOMMARIO.

28. *Non è ammessibile per massima la pruova testimoniale di un deposito del valore di oltre centocinquanta franchi.*

29. *Quando il deposito eccedente questa somma non sia provato con iscrittura, si presta fede al depositario sulla sua dichiarazione per tutto ciò che riguarda la domanda; ma gli può esser deferito il giuramento.*

30. *Non è ammessa la pruova testimoniale del fatto d'un deposito maggiore di 150 franchi vieppiù innanzi a' tribunali correzionali dietro una querela per abuso di fiducia, che innanzi ai tribunali civili.*

31. Secus *se vi sia un principio di pruova scritta.*

32. *Non è necessario di far in doppio originale l' atto di deposito in iscrittura privata, ma la scrittura privata che ne contiene la dichiarazione è sottoposta all' applicazione dell' art. 1326.*

28. Parrebbe che la rispettiva posizione delle parti al momento del contratto dovesse esentarlo dall'ap-

plicazione della regola di non essere ammessa la pruova testimoniale per ogni cosa eccedente cento cinquanta franchi; giacchè sembra poco convenevole il pretendere una dichiarazione in iscritto da colui dal quale si chiede un servizio: ma siccome la frode avrebbe trovato un mezzo facile di giungere al suo intento, sotto pretesto di un deposito, la legge richiede ancora che il deposito volontario sia provato per iscritto, allorchè il valore della cosa superi cento cinquanta franchi: non è ammessa la pruova testimoniale per valore eccedente questa somma; art. 1923 e 1341 c. c. = *1795 e 1295 ll. cc.*

29. E quando il deposito eccedente questa somma non sia provato con iscrittura, si presta fede a colui che è convenuto come depositario nella sua dichiarazione, tanto per lo fatto stesso del deposito, quanto per le cose che ne formano l'oggetto, e per la loro restituzione; art. 1924 c. c. = *1796 ll. cc.* Ciò è un'applicazione della regola che la confessione è indivisibile; art. 1356 c. c. = *1310 ll. cc.*

Ma questa dichiarazione può richiedersi con giuramento, deferito dall'attore, giacchè il giuramento decisorio può esser deferito sopra qualsivoglia specie di controversia, ancorchè non esista alcun principio di pruova della domanda o dell'eccezione sulla quale si chiede; art. 1358 e 1360 c. c. = *1312 e 1314 ll. cc.*

Purtuttavolta da un arresto di cassazione del 1.° luglio 1806 sembra risultare che il fatto di non essersi restituito un deposito confessato non può es-

sere, egli è vero, provato per mezzo di testimoni senza un principio di pruova scritta di questo medesimo fatto, ma che può esserlo con tale principio di pruova. Massé lasciò in deposito volontario presso il notaio Panié la somma di 494 franchi, residuo di altra maggior somma proveniente da un rimborso più considerevole. Per effetto di procedimenti diretti contra Massé, costui dimandò il deposito da Panié, il quale dichiarò di non avere alcuna somma di sua spettanza. Convenuto in giudizio, il detto Panié sostenne di aver restituito a Massé la somma depositata. Questi pose per fatto che nel 29 vendemmiaio anno X, Panié avea dichiarato che egli non aveva consegnato a lui cosa alcuna. Il tribunal di Louviers ne ammise la pruova testimoniale, e indi condannò Panié in merito; ma prodottosi da costui ricorso per cassazione, tale sentenza fu annullata pei seguenti motivi:

« Veduto l' art. 2 del tit. XX dell' ordinanza
« del 1667; considerando che il divieto della pruova
« testimoniale, fatto da questa disposizione, si ap-
« plica ugualmente e al deposito volontario, ed
« alla sua restituzione;

« Considerando, nella specie, che dalla sentenza
« interlocutoria del 23 nevoso anno XII non è sta-
« bilito, *che eravi un principio di pruova scritta*
« *di non essersi restituito il deposito volontario*,
« dimandato ad una persona capace di riceverlo;

« Che le dichiarazioni giudiziarie del ricorrente
« sono tutte uniformi, e che la dissomiglianza delle

« dichiarazioni anteriori con queste, oltre che non
« dà alcun sospetto di dolo o di frode, non pre-
« senta il principio di pruova scritta richiesta dalla
« legge, la quale altronde lasciava a' giudici la fa-
« coltà di deferire il giuramento;

« Per questi motivi la Corte cassa la sentenza
« interlocutoria, e perciò la sentenza deffinitiva. »

Benchè tale arresto siasi profferito sopra una specie insorta prima del Codice civile, nulladimeno è indubitato che la medesima quistione, giusta l'art. 1924 c. c. = *1796 ll. cc.*, dovrebbe risolversi nello stesso modo vigente il Codice.

30. La regola di non essere ammessa la pruova testimoniale per istabilir l'esistenza di un deposito eccedente il valore di cento cinquanta franchi, si applica tanto al caso in cui il preteso deponente tentasse la via correzionale per abuso di fiducia, quanto al caso in cui reclamasse innanzi a' tribunali civili; quantunque in materia di delitto questo genere di pruova sia ammesso senza restrizione o condizione; imperocchè prima di stabilire l'abuso di fiducia per cui si muove querela, bisogna in primo luogo stabilire il deposito, e la legge non ne permette la pruova testimoniale per valore eccedente cento cinquanta franchi. In diverso caso sarebbe facilissima cosa lo eluderne la disposizione. I tribunali correzionali aditi per una querela di violazione di deposito o abuso di fiducia debbono dunque soprassedere di giudicare in sino a tanto che il fatto stesso del deposito siasi giustificato in-

nanzi a' tribunali civili. *V.* su questo punto ciò che dicemmo nel tomo XIII, n.° 312, dove citiamo arresti di cassazione uniformi a tale risoluzione.

31. Nulladimeno tali arresti furono profferiti in ispecie in cui non esisteva alcun principio di pruova scritta del fatto del deposito maggiore di cento cinquanta franchi, ed essi menzionarono positivamente questa circostanza, facendo con ciò chiaramente intendere che sarebbe stata ammessibile la pruova testimoniale per istabilire il deposito e l' abuso di fiducia, se vi fosse stato un principio di pruova scritta del fatto di deposito, e che quindi il tribunale di polizia correzionale adito per la querela di abuso di fiducia sarebbe stato competente a giudicare di questo fatto, ed applicare in conseguenza le pene comminate dal Codice penale per abuso di fiducia. Avverrebbe lo stesso se la parte convenuta in giudizio confessasse il deposito. In somma lo stabilire il deposito mediante la sola pruova testimoniale, quando questa ecceda cento cinquanta franchi, non è di competenza del tribunal correzionale.

Quindi, o innanzi al tribunal correzionale, o innanzi al tribunal civile, se vi sia un principio di pruova scritta del deposito, è ammessa la pruova testimoniale per istabilirlo; giacchè gli art. 1923 e 1924 c. c. = *1795 e 1796 ll. cc.* non altro sono che l'applicazione al deposito volontario, della regola generale sancita dall' art. 1341 c. c. = *1295 ll. cc.*, il quale prevede anch' esso il caso di de-

posito di questa natura: or l'art. 1347 c. c. = *1301 ll. cc.* fa eccezione alla regola generale, pel caso in cui esista un principio di pruova scritta. Tal che devesi aver per indubitato di essere ammessa la pruova testimoniale per istabilir l'esistenza d'un deposito del valore che ecceda cento cinquanta franchi, qualora esista un principio di pruova scritta, o che l'azione sia meramente civile, o che sia instituita innanzi ai tribunali correzionali, per abuso di fiducia.

32. L'atto che comprova il fatto del deposito non ha bisogno di essere disteso in doppio originale, giacchè il contratto non è perfettamente sinallagmatico. Basta pure una semplice dichiarazione, ancorchè il depositario avesse stipulato una mercede, come l'art. 1928 c. c. = *1800 ll. cc.* suppone di poter avvenire: giacchè sebbene in questo caso il contratto assuma la caratteristica de' contratti interessati dall'una e l'altra parte, nondimeno è sempre un contratto sinallagmatico imperfetto, poichè il deponente può riprendere la cosa all'istante medesimo, nel qual caso certamente non sarebbe in obbligo di pagar la mercede. Altronde la detenzione della cosa basta al depositario per potersi far pagare la mercede convenuta, allorchè il deponente, in virtù della dichiarazione che possiede, si farà a dimandare il deposito, lo che rende inapplicabile l'art. 1325 c. c. = *1279 ll. cc.* Ma se l'atto non sia scritto per intero di pugno del depositario, deve contenere un *buono* o *approvato* esprimente

in lettere per esteso la somma o la quantità delle cose date in deposito, in conformità dell'art. 1526 c. c. = *1280 ll. cc.*; salvo le eccezioni espresse in questo medesimo articolo, e risultanti dalla qualità del depositario (1).

§ III.°

Della capacità delle parti.

SOMMARIO.

33. *Regolarmente il deposito non può farsi che tra persone capaci di contrattare: modificazione pel caso di un deposito fatto da una persona capace ad una persona incapace.*
34. *Altra modificazione pel caso inverso.*
35. *Caso soggetto a dubbio secondo il Codice.*

33. Regolarmente il deposito non può avvenire che tra persone capaci di contrattare.

Ciò non ostante se una persona capace di contrattare accetti il deposito fattole da una persona incapace, è tenuta a tutte le obbligazioni di un vero depositario. Essa può essere convenuta in giudizio dal tutore o dall'amministratore della perso-

---

(1) *V.* l'arresto della Corte di cassazione del 12 gennaio 1814, che avemmo già occasione di citare parlando degli atti in iscrittura privata, nel tomo XIII; n.° 171. Il detto arresto giudicò di più che quando l'atto di deposito fatto ad un incapace sia nullo nella forma, non vi è luogo ad esaminare se il deposito abbia o pur no arrecato profitto all'incapace. Ma noi non sapremmo ammettere questa dottrina nel caso in cui il deposito potesse comprovarsi con altro mezzo.

na che ha fatto il deposito; art. 1925 c. c. = *1797 ll. cc.*

34. Se al contrario il deposito sia stato fatto da una persona incapace, quegli che ha fatto il deposito non altro ha, secondo l' art. 1926 c. c. = *1798 ll. cc.*, se non l'azione di rivendicazione della cosa depositata, finchè la medesima esiste presso il depositario, ovvero un' azione di restituzione sino alla concorrenza di quanto si è convertito in vantaggio di quest' ultimo.

Così nel caso che il depositario incapace non avesse adoprato nella conservazione della cosa depositata le cure che un depositario deve adoprare, non sarebbe risponsabile della sua colpa, non competendo contro di lui l' azione di deposito.

35. Ma se un minore già dotato di discernimento avesse ricevuto un deposito ed avesse fatto perir la cosa per malizia, o fosse stato da lui distratta o dissipata per frode, sarebbe, a creder nostro, risponsabile di questo fatto, se non in virtù del contratto di deposito, almeno per ragione del suo dolo. Tanto dispongono le leggi romane, e ne sembra giusto e ragionevole lo applicarne le disposizioni a questo caso. Ulpiano nella legge 1.ª, § 15, ff. *Depositi vel contra*, suppone di essersi fatto un deposito ad un pupillo *jam capax doli*, senza l'autorizzazione del suo tutore, e di aver questo pupillo commesso una frode circa alla cosa depositata: il giureconsulto dichiara che il pupillo può essere convenuto in giudizio per tale fatto, come po-

trebb' esserlo se avesse profittato della cosa, abbenchè non avesse commesso alcun dolo. Questa è pure la opinione di Cuiacio (1) e di Voet (2).

Ed in fatti i minori non posson essere restituiti in intero contra le obbligazioni nascenti dai loro delitti o quasi delitti (art. 1310 c. c. = *1264 ll. cc.*): or qui avvi delitto, e n' è uno l' abuso di fiducia. L' art. 1926 c. c. = *1798 ll. cc.* non ispiegasi che sull' effetto del contratto di deposito, e qui nella specie trattasi dell' effetto di un delitto. Vie maggiormente avverrebbe così qualora si trattasse di un deposito necessario.

Delvincourt dice che se mai siasi commesso dal minore depositario un abuso di fiducia, ed abbia egli oprato con discernimento, potrà essere condannato alle pene stabilite dall' art. 408 c. pen. = *430 n. 4 ll. pen.*, giacchè in questo caso avvi delitto, ed il minore, egli dice, non può essere restituito in intero contra le obbligazioni risultanti dal suo delitto; ma questo autore non accorda alcuna azione civile contra il minore se non quando egli detenga ancora la cosa o ne abbia ricavato vantaggio. Ciò non ci sembra conseguente, poichè non in quanto alla pena che un minore può meritare dice la legge di non poter essere restituito contra le obbligazioni risultanti dal suo delitto; ma per riguardo a queste medesime obbligazioni,

---

(1) *Lib.* XXIX *Pauli ad Edictum*, sulla l. 2 *Commodati.*

(2) *Ad Pandectas*, tit. *Depositi vel contra*, n.° 5.

e son esse evidentemente obbligazioni civili. Tostochè si riconosca di esservi delitto, avvi un'azione civile per la riparazione del danno per esso cagionato. Ci sembrerebbe più conseguente il dire di reputarsi che il minore in questo caso non abbia commesso alcun delitto, ma ciò ripugnerebbe alla ragione, allorchè egli abbia realmente oprato con discernimento nel fatto che gli s' imputa, come si suppone.

Si opporrebbe forse, ed è questa certamente la più grave obbiezione che si possa fare, si opporrebbe forse che è colpa del deponente l'essersi affidato ad un minore; che gli ha dato egli stesso l' occasione di commettere il fatto di cui si duole? Ma risponderemmo che potrebbesi dire lo stesso nel medesimo caso a chi abbia fatto un deposito presso una persona capace la quale l' abbia fraudolentemente distratto o dissipato, e nondimeno egli ha contro di essa un' azione per danni ed interessi innanzi ai tribunali correzionali a motivo di questo fatto, come ne ha una innanzi a' tribunali civili in ragione del contratto di deposito. Non vi vuole altronde molto discernimento in un minore per sapere che egli non deve nè distruggere, nè distrarre la cosa affidatagli. Perchè dunque in fine i giureconsulti romani avevano ammessa la dottrina che noi professiamo, non solamente riguardo ad un *minore*, ma anche riguardo ad un pupillo, cioè ad una persona non giunta ad anni quattordici, allorchè altronde aveva oprato con discernimento?

Li chiameremo forse esagerati? Eppure erano essi favorevoli a' minori, e massime agl' impuberi.

SEZIONE II.

Dell' obbligazione del depositario.

SOMMARIO.

36. *Divisione della sezione.*

36. Il depositario deve adempiere a due principali obbligazioni:

1.° Quella di custodir la cosa;

2.° Quella di restituirla al deponente allorchè costui gliela domanderà.

§ I.°

Dell' obbligazione di custodir la cosa.

SOMMARIO.

37. *Il depositario deve usare, nel custodire la cosa depositata, la stessa diligenza che impiega per custodir le cose che gli appartengono: Diritto romano su questo punto.*

38. *Continuazione della proposizione precedente.*

39. *Diversi casi nei quali la risponsabilità del depositario, circa alle colpe, è più rigorosa.*

40. *In nessun caso il depositario è risponsabile degli avvenimenti di forza irresistibile successi senza colpa sua.*

41. *Il depositario non deve servirsi della cosa senza l'espressa o tacita permissione del deponente.*

42. *Non deve fare alcun tentativo per iscoprire le cose depositate, quando gli sieno state affidate in una cassa chiusa, o in un involto suggellato.*

37. Il depositario dee usare, nel custodire la cosa depositata, la stessa diligenza che impiega per custodire le cose che gli appartengono; art. 1927 c. c. = *1799 ll. cc.*

Si seguì la opinione di Celso, nella l. 33, ff. *Depositi*, in cui egli dice che il depositario non apporterebbe nell'esecuzione del contratto la buona fede che vi deve apportare, se non avesse nel conservar la cosa depositata la stessa cura che ha nel conservare le proprie cose: *nec enim salva fide minorem iis, (depositis) quam suis rebus, diligentiam præstabit.*

Ulpiano nella legge 5, § 2, ff. *Commodati*, considerava il depositario come essendo solamente risponsabile del suo dolo (e della sua colpa grave, che ne' contratti viene assimilata al dolo) (1); tal che quando anche fosse stato più diligente in conservare le proprie cose che quelle affidatagli, non sarebbe stato risponsabile della perdita o della deteriorazione, se non fosse avvenuta per colpa grave da parte sua. Secondo questa dottrina, non estimavasi la colpa del depositario nel senso *concreto*, ma nel senso *astratto*; e non era egli tenuto se non della colpa grave, almeno per dritto comune.

Giustiniano nelle sue Instituta par che abbia seguito il parere di Ulpiano, e così si esprime nel titolo *Quib. mod. re contrah. oblig.* § 3: *Sed is*

---

(1) L. 226, ff. *de verb. signif. V.* altronde l. 1, § 5, ff *de Oblig. et act.*, e l. 1, Cod. *Depositi.*

(depositarius) ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est desidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia, qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati id imputare debet.

La disposizione del Codice civile non permette più la controversia a tal riguardo: il depositario dee usare, nel custodire la cosa depositata, la stessa diligenza che impiega per custodire le cose che gli appartengono, ma non di più. È questa la regola.

38. Ma *quid* se non potendo in un incendio, in un saccheggio salvar altro che una cosa, abbia preferito di conservar la sua? Da una parte è vero il dire di non aver usata nel custodire o nel conservare la cosa depositata la stessa cura che ha adoprato nella conservazione della propria cosa, ed in simil caso, giusta l'art. 1882 c. c. = *1754 ll. cc.*, un comodatario sarebbe risponsabile della perdita della cosa prestata.

Ma da un' altra banda puossi rispondere che la legge non obbligava il depositario ad usare nella conservazione della cosa depositata *maggior* cura che nella conservazione delle proprie cose: or ne avrebbe usata di più, se avesse preferito di conservar la cosa depositata. Egli rende un servizio, mentre che il comodatario ne riceve uno: circa alla risponsabilità risultante dalle colpe, non dev' essere adunque trattato con lo stesso rigore di quest' ulti-

mo. Quindi noi crediamo che se la propria cosa, da lui salvata, fosse di valore uguale, o presso a poco, al valore della cosa depositata, non gli si potrebbe fare alcun rimprovero; ma se fosse di minor valore, ed avrebbe egli potuto anche salvar facilmente l' altra, gli si potrebbe dire che non si è diportato in questo caso da buon padre di famiglia; che avrebbe dovuto conservar la più preziosa, e che ciò appunto egli avrebbe fatto se le due cose fossero a lui appartenute: or doveva usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che avrebbe impiegato per custodire la propria cosa: adunque sarebbe risponsabile della perdita. Ma da un' altra banda, siccome il deponente deve farlo indenne di tutte le perdite che gli ha cagionate il deposito (art. 1947 c. c. = *1819 ll. cc.*), vi sarebbe a dedurre dalla stima della cosa depositata, il valore di quella del depositario, poichè senza il deposito avrebbe conservato la sua, come lo fece, e ciò che gli si appone, è di aver lasciato perire quella affidatagli, per conservar la propria. E per la stessa ragione si dovrebbe farlo indenne della perdita della sua, se l' avesse lasciata perire per conservar quella che eragli stata affidata.

In questo modo si applica, per quanto è possibile, la doppia regola, che il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che impiega nel custodire le cose proprie, ma non di più, e che dev' essere fatto indenne di tutte le perdite che il deposito gli ha cagionate.

39. La regola di dover il depositario usare nel custodir la cosa depositata la stessa diligenza che impiega nel custodire le proprie cose, ma di non essere obbligato ad usarne di più, va applicata con maggior rigore al depositario ne' quattro seguenti casi, cioè che non potrebbe nei medesimi scusarsi delle colpe che avesse commesse in custodire il deposito, allegando di averne commesse simili riguardo alle proprie cose; che la sua naturale, abituale negligenza, la quale lo scuserebbe nei casi ordinarî, non lo scuserebbe in quelli di cui trattasi:

1.° Se siasi egli stesso offerto a ricevere il deposito; art. 1928 c. c. = *1800 ll. cc.* Forse egli così fece che il deponente non ritrovasse un depositario più accurato.

2.° Se abbia stipulato un salario per la custodia del deposito; *ibid.* In tal caso essendo il contratto interessato da una parte e l'altra, la risponsabilità circa alle colpe dev' essere maggiore, come ce lo insegna Ulpiano nella legge 5, § 2, ff. *Commodat. vel contra.*

3.° Se il deposito siasi fatto unicamente per l'interesse del depositario; medesimo art. 1928.

4.° Se siasi convenuto espressamente che il depositario sarebbe tenuto per qualunque colpa; *ibid.*

È nondimeno difficile il concepire un deposito fatto *unicamente* per l'interesse del depositario, come lo suppone questo art. 1928: è allora un comodato, o altra specie di convenzione, anzi che un deposito; imperocchè conviene attenersi alle cose

e non alle parole: *sermo rei, non res sermoni, subjicitur.* Del resto si comprende benissimo che possa farsi un deposito per l'interesse anche del depositario (1): per esempio, allorchè sia vostra intenzione di darmi in deposito il vostro cavallo, ed io lo riceva, con dichiarazione da parte vostra che potrò servirmene per fare un certo viaggio, siccome ho in animo, è questo effettivamente piuttosto un deposito che un comodato, giacchè lo scopo principale che vi siete proposto, era la custodia del cavallo; in vece che se questo scopo fosse unicamente di prestarmi un servizio, perchè non pensavate a fare un deposito, sarebbe in realtà piuttosto un comodato che un deposito.

40. Il depositario non è tenuto in verun caso (2) per gli accidenti prodotti da una forza irresistibile, eccettochè quando sia stato costituito in mora per la restituzione della cosa depositata; art. 1929 c. c. = *1801 ll. cc.* (a).

(1) La legge 4, ff. *de rebus creditis*, ci offre l'esempio di un caso simile; ed appunto questo caso gli autori citano volentieri come esempio di un deposito fatto per l'interesse del depositario soltanto: ma leggendo attentamente questa legge, si vedrà che essa dispone sopra un caso in cui la convenzione era anche nell'interesse del deponente.

(2) Così pure nella specie supposta nel n.° 3 dell'art. 1928 c. c. = *1800 ll. cc.*, cioè il caso in cui il deposito siasi fatto *unicamente* per l'interesse del depositario, costui non è tenuto pei casi fortuiti o di forza irresistibile, se non sieno stati prodotti per qualche colpa da parte sua. Nulladimeno questo punto era anticamente controvertito fra gli autori.

(a) Ugone Donello nel comento alla legge 1 Cod. *depositi vel contra* relativamente al caso della perdita degli ornamenti avvenuta

Ed anche in questo caso non sarebbe tenuto per la perdita della cosa, se essa sarebbe ugualmente avvenuta presso il deponente, supposto che la cosa gli fosse stata restituita. La disposizione dell' art. 1302 c. c. = *1256 ll. cc.* a tal riguardo è generale, ed applicasi in conseguenza a tutti i contratti, salvo i casi in cui il debitore, in qualsivoglia specie di contratto, siasi sottoposto a' casi fortuiti.

41. Il depositario non può servirsi della cosa depositata senza l' espressa o presunta permissione del deponente; art. 1930 c. c. = *1802 ll. cc.*

Questa permissione sarebbe presunta secondo le circostanze, soprattutto secondo le relazioni di parentela o di amicizia che esistessero tra le parti, e la natura della cosa data in deposito; giacchè trattandosi di una pariglia di candelieri, di una tavola o di altra suppellettile poco soggetta a deteriorarsi, si presumerà più volentieri di avere il deponente acconsentito che il depositario potesse servirsene in

---

presso il depositario per l' assassinio dello stesso esamina la quistione, a chi incumba in tale ipotesi la pruova del modo come siano periti i sudetti ornamenti depositati, se cioè siffatta pruova debba andare a carico dell' erede del depositario, o del deponente; e la risolve, secondo i principî delle leggi 18 § 2 e 19 ff. *de probat.*, dicendo che la pruova sudetta appartiene al deponente: *Nam prædones verisimile est, qui vitam depositario ademerunt, multo magis alias res ademisse. Etsi hæc probatio non est necessaria, tamen maximam præsumptionem veri habet, quæ si nihil aliud præstat; certe onus probandi in adversarium confert, ut est natura præsumptionum verorum. Et ob hanc causam tandiu heredi casum fortuitum alleganti in hac specie creditur, donec is qui deposuit, probet res depositas non perisse eo casu, sed adhuc extare apud heredem, aut heredem dolo malo amisisse* : Tom. 8 vol. 496 n.° 28. Trad.

caso di bisogno, che se mai si trattasse di biancheria, abiti o altra cosa soggetta a consumarsi o a deteriorarsi. E quando si tratterà di danaro o altra cosa fungibile, si presumerà assai difficilmente di avere il deponente acconsentito in tacito modo che il depositario potesse servirsene, in guisa di convertire il contratto di deposito in contratto di mutuo; atteso che se il primo di questi contratti è meno vantaggioso al deponente, andando a danno suo la perdita avvenuta per caso fortuito, mentre che nel secondo essa andrebbe a danno di chi ricevè le cose; da un' altra banda l'azione di deposito è generalmente più vantaggiosa che quella del mutuo, e la novazione non si presume; art. 1273 c. c. = *1227 ll. cc.*

Del resto se il depositario abbia adoperato le cose per proprio uso, o per suo vantaggio, per esempio, se abbia impiegato il danaro depositato, la perdita sopraggiunta per la insolvibilità del terzo va senza dubbio a suo danno. E quando si tratti di una cosa mobile, è risponsabile di qualunque specie di colpa commessa mentre che se ne vale, se lo faccia senza permissione del deponente. Deve almeno essere trattato in questo caso come lo sarebbe un comodatario. Ma qualora gli sia stata concessa espressamente o tacitamente la permissione di servirsi della cosa mobile, dev'essere risponsabile soltanto della colpa lieve commessa mentre se ne serve, e non della colpa lievissima, atteso che, a differenza del comodatario, egli presta ancora un servizio.

42. Non deve fare alcun tentativo per iscoprir le cose depositate, quando gli sono state affidate in una cassa chiusa, o in un involto suggellato; art. 1931 c. c. = *1803 ll. cc.*

E se in questo caso gli abbia il deponente fatto conoscere queste cose, egli non deve farle conoscere ad altri.

§ II.°

Dell'obbligo di restituire la cosa depositata al pari de' frutti, se ne abbia prodotti.

SOMMARIO.

43. *Il depositario dee restituire l'identica cosa che ha ricevuta: conseguenza.*

44. *Se il deposito siasi dipoi trasformato in mutuo, si seguono, circa alla restituzione, le regole del mutuo.*

45. *Quando trattisi di deposito di danaro, devesi in generale fare una nota o elenco delle specie.*

46. *In quale stato il depositario sia tenuto a restituir la cosa.*

47. *Ciò che debbe restituire quando essendogli stata tolta la cosa per forza irresistibile, abbia ricevuto in vece un prezzo.*

48. *Ciò che dee restituire il suo erede il quale abbia venduto la cosa ignorando di essersi depositata presso il defunto, se il deponente abbia azione contra il terzo detentore.*

49. *Il depositario dee restituire i frutti che la cosa ha prodotto in poter suo.*

50. *Per massima, il depositario non deve l'interesse delle somme depositate, se non dal giorno in cui sia stato costituito in mora di restituire il deposito.*

51. *Come possa essere costituito in mora.*

52. *Caso nel quale il depositario dovrebbe gl'interessi prima anche di essere stato posto in mora.*

53. *Altro caso in cui avverrebbe lo stesso.*

54. *Altra specie, desunta dal Dritto romano.*

55. A chi debbe restituirsi la cosa.

56. Non può restituire quando siasi fatto in mano suo un sequestro o atto di opposizione.

57. Ciò che possa fare in simil caso, se voglia liberarsi dal deposito.

58. Non può pretendere dal deponente la pruova di essere il medesimo proprietario della cosa depositata; ma obbligo cui deve adempiere quando scopra che la cosa s iasi rubata o perduta e qual siane il vero proprietario.

59. In caso di morte del deponente, come facciasi la restituzione del deposito a' suoi eredi, allorchè la cosa sia divisibile.

60. Ed allorchè sia indivisibile materialmente.

61. Come si proceda alla restituzione quando il deposito siasi fatto da più persone.

62. Come vi si proceda qualora sia morto il depositario lasciando varî eredi.

63. E nel caso in cui il deposito sia stato fatto a due o più persone.

64. A chi si faccia la restituzione quando il deponente abbia cangiato stato.

65. E nel caso che il deposito siasi fatto da un tutore o da un marito, in tale qualità, e che sien cessate le loro funzioni.

66. Dove si dee fare la restituzione.

67. Continuazione.

68. Quando debbe farsi.

69. Esame dell' art. 1945, il quale dichiara che il depositario (volontario) infedele non è ammesso al beneficio della cessione.

70. Non vi è deposito quando la cosa fosse della persona che l'ha ricevuta a titolo di deposito: modificazione.

71. L' azione di deposito si prescrive con anni trenta; ma nè il depositario, nè i suoi eredi possono invocare la prescrizione, anche di questa durata, per pretendere di esser divenuti proprietarî della cosa: conseguenza.

43. Il proprietario dee restituire l'identica cosa che ha ricevuta.

In conseguenza il deposito del danaro dee restituirsi nelle medesime specie in cui fu fatto, tanto nel caso di aumento, che in quello di diminuzione del loro valore; art. 1932 c. c. = *1804 ll. cc.*

E ciò, tanto se le specie sieno numerate, quanto se sieno state consegnate in un sacco suggellato.

44. Ma se nel farsi il contratto, o dopo, il deponente abbia autorizzato il depositario a servirsi delle monete, nel caso in cui ne avesse bisogno, essendosi così il deposito, secondo ciò che abbiam detto più sopra, trasformato in mutuo dall'istante che il depositario ha impiegato le monete per uso proprio, devesi allora applicare l'art. 1895 c. c.= *1767 ll. cc.*, ed in conseguenza il debitore dee restituire una somma uguale a quella che le monete formavano al momento in cui ne fece uso, nè più nè meno.

E se il deponente ed il depositario abbia in assoluto modo pattuito dopo il contratto, che questi adopererebbe le monete pei proprî bisogni, il deposito fin da quell'istante fu trasformato in mutuo, e il debitore deve restituire il valor numerico che le monete allora formavano, quando anche ne avesse fatto uso dopo.

Le suddette risoluzioni riceverebbero purtuttavolta una modificazione nel caso in cui si fosse pattuito che il depositario, divenuto mutuatario, restituirebbe una simile quantità di pezzi delle stesse monete da lui ricevute: giacchè, come il dimostrammo nel tomo precedente, n.° 577 (1), è lecito di dare a prestito, anche a prestito di consumo, una

---

(1) Ed anche nel tomo XII, n.° 93, dove discutiamo estesamente questo punto, e dove confutiamo Pothier, che era di contraria opinione.

certa quantità di pezzi di moneta considerati, non *ut summa*, *sed tanquam corpora*, come numero; e conviene allora restituire questo medesimo numero delle stesse specie.

45. Perchè l' art. 1932 c. c. = *1804 ll. cc.* riceva facilmente la sua applicazione, ben si comprende che le parti debbono specificare nell'atto di deposito, o in una nota separata, la natura e la quantità delle monete depositate. Se mai si faccia una nota separata, dev' essere firmata dal depositario; ma non fa d' uopo che lo sia pure dal deponente, a cui vien consegnata.

46. Il depositario non è tenuto a restituir la cosa depositata altrimenti che nello stato in cui si ritrova nel tempo della restituzione. I deterioramenti avvenuti senza sua colpa sono a carico del deponente; art. 1933 c. c. = *1805 ll. cc.*

47. Il depositario a cui la cosa depositata sia stata tolta da una forza irresistibile, e che abbia in vece di quella ricevuto danaro o altra cosa, è obbligato a restituire ciò che ha avuto in cambio; art. 1934 c. c. = *1806 ll. cc.*

48. E l' erede del depositario, il quale ha venduto in buona fede la cosa che ignorava di essere depositata è obbligato soltanto a restituire il prezzo ricevuto, o a cedere la sua azione contra il compratore, nel caso che non gli sia stato pagato; art. 1935 c. c. = *1807 ll. cc.*

Era giusto che non fosse vittima della sua ignoranza del deposito fatto nelle mani del suo autore.

Se vi fosse qualche azione per nullità di questa vendita, il deponente potrebbe del pari farsela cedere.

La cessione dell' azione contra il compratore si fa con un semplice mandato, dato dall' erede del depositario al deponente, ed in forza del quale costui agisce contra il compratore a suo rischio e pericolo: egli è costituito con ciò *procurator in rem suam*.

In questo caso di vendita della cosa depositata, fatta dall' erede, il deponente non ha l'azione per rivendicazione contra il terzo compratore, supponendo costui in buona fede, cioè supponendo che al momento in cui egli comprò la cosa ignorava di appartenere altrui. In fatto di mobili, nel nostro Dritto, il possesso vale per titolo; art. 2279 c. c. = *2185 ll. cc.* Se avesse luogo questa azione, il terzo compratore sperimenterebbe il suo regresso in garantia contra l' erede venditore, ed il medesimo soffrirebbe un danno, da cui il Codice, uniforme in ciò al Dritto romano, volle esimerlo, non accordando contro di lui al deponente che un'azione per restituzione del prezzo della vendita, se lo abbia esatto, o il diritto di farsi cedere contra il compratore l' azione per pagamento del prezzo, se esso non fosse ancora pagato.

Che anzi, quando anche l' erede avesse venduto in mala fede la cosa depositata, il deponente non potrebbe rivendicarla contra il terzo di buona fede: la massima in fatto di mobili il possesso vale per

titolo proteggerebbe ancora quest'ultimo, come spesso abbiam detto (1); giacchè il fatto del deponente avrebbe dato a questo erede il mezzo d' ingannare il terzo vendendogli una cosa come a lui appartenente. Vero è che l' art. 2279 c. c. = *2185 ll. cc.* autorizza colui al quale sia stata rubata una cosa mobile, o che abbia perduta questa cosa, a rivendicarla fra tre anni contra quegli nelle cui mani si trova; ma l' abuso di fiducia non è altro che un furto morale, e non già un furto legalmente parlando; perlocchè non è punito colle stesse pene che sono comminate contra l' autore di un furto propriamente detto.

E convien dire lo stesso nel caso pure in cui il depositario medesimo avesse venduto l' oggetto del deposito.

Ma in ogni caso, se il terzo compratore fosse di mala fede, il deponente avrebbe contro di lui l' azione per rivendicazione, per argomento dell' art. 1141 c. c. = *1095 ll. cc.*

Se l' erede del depositario avesse consumato la cosa ignorando il deposito, crediamo che dovrebbe semplicemente pagarne il valore che aveva nel tempo in cui la consumò, quando anche al momento della dimanda per restituzione valesse di più: dovrebbesi assimilar questo caso a quello in cui abbia venduto la cosa in buona fede, nel quale caso re-

---

(1) In ispecie nel tomo XV, n.° 286, dove discutiamo estesamente la quistione.

stituisce soltanto il prezzo ritrattone; locchè naturalmente è supposto di essere il suo valore al momento in cui esso uscì dalle sue mani.

Nel caso che il depositario, o di lui erede, abbia venduto in mala fede la cosa, e l'abbia di poi ricomprata, se mai sia perita in mano suo, anche per caso fortuito, le leggi romane disponevano che non era egli liberato, atteso che col solo fatto di averne disposto in mala fede, era divenuto soggetto a' danni ed interessi verso il deponente, e questa obbligazione, così contratta, benchè non liquida, non avea potuto estinguersi con la perdita di una cosa che non erane l'oggetto, ma soltanto la causa mediata. Crediamo che questa disposizione abbia per fondamento le vere regole.

Del resto è fuor di dubbio che se il depositario o di lui erede abbia venduto la cosa, l'abbia di poi ricomprata e la possegga ancora, competa al deponente il dritto di farsela restituire, anche nel caso in cui l'erede l'avesse venduta in buona fede e ricomprata a più caro prezzo: potendo consegnarla, non vi è più il motivo del favore che la legge gli accordava.

49. Se la cosa depositata abbia prodotto frutti, i quali sieno stati raccolti dal depositario, è questi anche tenuto a restituirli; art. 1936 c. c. = *1808 ll. cc.*

Per esempio, qualora siasi data in deposito una giumenta, ed abbia essa partorito presso il depositario; deve costui restituire il puledro, supponendo che non sia perito senza colpa sua.

50. Ma siccome il depositario deve serbare intatto il danaro affidatogli, non ne dee l'interesse se non dal giorno in cui fu costituito in mora per la non fatta restituzione; *ibid.*

51. Ed ai termini dell'art. 1139 c. c. = *1093 ll. cc.*, un debitore è costituito in mora (a) tanto colla intimazione o altro atto equivalente, quanto in virtù della convenzione, allorchè essa stabilisce che il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine senza necessità di alcun fatto.

Vie maggiormente il depositario è costituito in mora con una damanda giudiziale, ma questa domanda, secondo lo spirito e le parole dell'art. 1936 c. c. = *1808 ll cc.*, non è necessaria per far correre gl' interessi contra il depositario che abbia ritardato a fare la restituzione del danaro depositato, bastando a tal uopo una semplice intimazione di restituire; imperciocchè questo articolo dice positivamente che il depositario deve gl' interessi dal giorno in cui fu costituito in mora di far la restituzione, ed un debitore, giusta il succitato art. 1139, è costituito in mora con una semplice intimazione o altro atto equivalente. Poco importa che, secon-

---

(a) Il depositario col solo fatto d' indugiare a restituire la cosa depositata si costituisce in dolo: *hoc enim ipso, dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddet*: l. 1 § 22 ff. *depositi.* E questo dolo influisce non solo per lo passato, ma pure per lo futuro: *Nam tantum præteritus dolus in depositi actione veniet, sed etiam futurus; id est post litem contestatam.* Quindi Pothier (*ad Pandec., dict. tit. n.° 44*) deduce la seguente massima: *Hac actione depositor intendit reddi sibi oportere rem quam deposuit, et quæ, ipsi abest ex dolo depositarii.* Trad.

do l'art. 1153 c. c. = *1107 ll. cc.*, nelle obbligazioni che sono ristrette al pagamento di una somma determinata, i danni e gl'interessi risultanti dal ritardo di eseguirle non consistono giammai se non nella condanna a pagare gl'interessi fissati dalla legge, e che i medesimi non sono dovuti se non dal giorno della dimanda giudiziale (eccettuati i casi in cui la legge dichiara che debbano *ipso jure* decorrere), giacchè nel caso di deposito, l'obbligazione non deve considerarsi come una obbligazione ordinaria di somma, ma piuttosto come un' obbligazione di corpo determinato, benchè si tratti di danaro.

52. Il depositario dovrebbe anche gl'interessi se, facendo il deposito, il deponente gli avesse permesso di servirsi del denaro depositato nel caso in cui gli bisognasse per la tale o tale operazione che progettava, ma con l'obbligo di pagar l'interesse dal giorno in cui se ne servisse: l'interesse sarebbe dovuto da questo giorno, secondo la convenzione. Da questa epoca il deposito sarebbe divenuto un mutuo ad interesse (1). In vece che se il deponente, permettendo al depositario di servirsi del danaro, qualora gli abbisognasse, non avesse dimandato alcun interesse, non ne sarebbe dovuto, se non che però dal giorno in cui il depositario fosse stato costituito in mora di adempiere alla restituzione.

---

(1) *V.* la l. 24, ff. a questo titolo.

53. Il depositario, a parer nostro, dovrebbe ugualmente gl' interessi nel caso in cui non avesse ricevuto l' autorizzazione di servirsi del danaro depositato, e se ne fosse servito. Così dispone la l. 4, nel Codice a questo titolo. Tanto pure dichiarano l'art. 1946 c. c. = *1818 ll. cc.* in materia di mandato, e l'art. 1846 c. c. = *1718 ll. cc.* in materia di società; e la ragione è almeno uguale in materia di deposito. Ciò sarebbe vie meno dubbioso se il depositario avesse pur egli ricavato interessi da questo danaro impiegandolo come suo.

54. Secondo la legge 28, ff. a questo titolo, debbonsi ugualmente gl' interessi in questa specie: Vi ho scritto che io era detentore di cento scudi a voi appartenenti, e che per non farli rimanere in mano mia, senza vostro prò (cioè senza produrvi interesse), li porterò in conto a vostro favore: si debbono gl' interessi in virtù di questa lettera, dice il giureconsulto Scevola, o che abbia io impiegato il danaro pe' miei proprî bisogni, o che gli abbia io stesso dati ad interesse a terze persone. Avverrebbe lo stesso nel nostro Dritto.

55. Il depositario non dee restituire la cosa depositata se non a colui che glie l' ha affidata, o a colui in nome del quale si è fatto il deposito, o alla persona indicata per riceverlo; art. 1937 c. c. = *1809 ll. cc.*

Non deve restituirlo a chi glielo ha fatto in nome di altri; ma nel caso di una semplice indicazione di un terzo per ricevere il deposito, ben può

chi l'ha fatto in suo nome riprenderlo egli stesso. L'indicazione del terzo essendo nel suo interesse, gli è lecito in conseguenza di rinunciare al vantaggio che proponevasi di ritrarne. Se avvien diversamente nel primo caso, egli è perchè colui il quale fece un deposito in nome altrui non è il vero deponente, essendolo in realtà il terzo: non ha egli fatto che prestare il suo ministero.

56. Se esista presso il depositario un decreto di sequestro o un atto di opposizione, il deponente non può dimandare la restituzione del deposito finchè non provi di essersi tolta l'opposizione (art. 1944 c. c. = *1816 ll. cc.*); e il depositario non può consegnarglielo ad onta di questa medesima opposizione. In diverso caso sarebbe risponsabile verso il pegnorante o opponente.

57. Ma se voglia spogliarsi del deposito, può, se trattisi di contante, versarlo nella cassa de' depositi e consegnazioni, per essere liberato a chi di dritto; e se trattisi di una cosa mobile, per esempio di uno specchio, siccome la legge non istabilì alcun luogo pel deposito e per la conservazione degli effetti mobili, il depositario che voglia spogliarsi del deposito può far ordinare dal giudice, citati il deponente ed il pegnorante, che egli porrà la cosa in mano di un terzo designato dalla sentenza, ed il terzo ne sarà incaricato come custode o depositario giudiziale.

Quando diciamo che se vi sia un decreto di sequestro o atto di opposizione presso il depositario,

non può costui consegnare il deposito al deponente finchè non gli provi di essersi tolta l' opposizione, ciò purtuttavolta soffre una modificazione nel caso in cui il pegnorante non avesse fatto al depositario sequestratario, nei termini di dritto, la denuncia della dimanda per validità del sequestro, che dovette formare contra il deponente: in questo caso la restituzione fatta dal depositario, sino alla denuncia che gli venisse tardivamente praticata, sarebbe valida, in conformità dell'art. 565 c. pr. = *656 ll. pr. civ.*

58. Il depositario non può pretendere che il deponente provi di esser egli il proprietario della cosa depositata; art. 1938 c. c. = *1810 ll. cc.*

La disposizione contraria sarebbe stata un fonte di abusi. Altronde il deponente non si basa sul dritto di proprietà per riaver la cosa, ma sulla consegnazione che ne fece, sul contratto di deposito, sulla fede che il depositario gli ha promessa.

Ciò non ostante se il depositario scopra che la cosa sia stata rubata, e chi ne sia il vero padrone, dee denunciare al medesimo il deposito fatto presso di sè, intimandogli di reclamarlo in un determinato e congruo termine. Se quegli cui si è fatta la denuncia è negligente nel reclamare il deposito, il depositario è validamente liberato, consegnando il deposito a colui dal quale l' ha ricevuto; *ibid.*

E più non deve allora negarsi a restituirlo, o perchè siavi luogo a credere che era erronea la

opinione da lui avuta di essersi rubato l'oggetto del deposito, o perchè sembri verisimile che il deponente sia devenuto a qualche accomodo col proprietario.

La suddetta risoluzione sarebbe applicabile ancora al caso in cui la cosa depositata si fosse perduta ed il depositario avesse conoscenza della perdita e sapesse eziandio il proprietario: dovrebbe denunciargli il deposito, con intimazione di riprenderlo in un determinato e congruo termine. La ragione è assolutamente la stessa che nel caso di furto.

Siccome la legge, per motivi di equità e di utilità pubblica, impone al depositario il quale scopra che la cosa sia stata rubata, e chi ne sia il vero padrone, di denunciare il deposito a costui, se non facesse ciò, sarebbe soggetto ai danni ed interessi verso di lui, atteso il pregiudizio che gli avesse cagionato l'inadempimento di questa obbligazione naturale e legale ad un tempo, salve le pene stabilite contra i complici di furto, se competano.

Del resto la denuncia che il depositario dee fare al padrone della cosa rubata, con intimazione di riprenderla in un determinato o congruo termine, non lo dispensa dal chiamare il deponente alla restituzione; giacchè può essere stato indotto in errore sul fatto del preteso furto; e rimarrebbe sottoposto all' azione di restituzione del deposito verso il deponente, se non potesse di poi provare questo fatto. D'onde è chiaro che la prudenza gl'impone

di non restituir la cosa a chi egli crede di esserne proprietario, senza di aver prima interpellato il deponente; e qualora siavi controversia sulla proprietà della cosa tra quest' ultimo e i terzi, deve il depositario, prima di consegnarla all'uno o all'altro, attendere che si derima tale controversia per mezzo di una sentenza.

59. In caso di morte naturale o civile del deponente (o della persona in nome di cui fu fatto il deposito), la cosa depositata non può restituirsi che al suo erede; art. 1939 c. c. = *1811 ll. cc.*

Se vi sieno più eredi e la cosa si possa naturalmente dividere, come sarebbe il danaro, una certa quantità di derrate o di mercanzie, dee restituirsi a ciascuno di essi la sua porzione; *ibid.* Talmente che il depositario il quale consegnasse tutto il deposito ad un erede soltanto, senza che questi fosse munito di procura degli altri, non sarebbe liberato verso di costoro.

Nel caso di danaro consegnato in deposito in un sacco suggellato, le leggi romane volevano che se i diversi eredi non si presentassero uniti per riprendere il tutto nel tempo stesso, si estraesse dal sacco, in presenza del magistrato o di probe persone, la parte di chi la dimandava, dopo di che il sacco veniva di nuovo suggellato e rimaneva in mano del depositario, per essere di poi restituito agli altri eredi, allorchè si presentassero (1). Appresso noi con-

(1) L. 1, § 36, ff. *Depositi vel contra.*

verrebbe di aprire il sacco innanzi al presidente del tribunale, che lo tornerebbe a sigillare dopo di averne tratta la parte dell' erede reclamante.

60. Se la cosa depositata sia materialmente indivisibile, come un cavallo, un orologio; gli eredi del deponente debbono fra loro accordarsi sul modo di riceverla; art. 1939 c. c. = *1811 ll. cc.* (1). Se gli eredi non possano accordarsi fra loro, il depositario seguita a custodir la cosa, se gli conviene: in caso contrario, può far ordinare dal giudice, citati debitamente gli eredi, che la deporrà in qualche luogo o in mano di un terzo nominato dalla sentenza, per essere poi liberata a chi di dritto.

61. Se il deposito siasi fatto da più individui, si procede come si è detto sul caso in cui lo fu da una sola persona la quale sia morta lasciando diversi eredi, e con la distinzione tra il caso in cui la cosa sia divisibile, ed il caso contrario. Nondimeno, quando anche fosse perfettamente divisibile, se in tempo del deposito si convenne che ciascun deponente potrebbe riprenderla, i medesimi sono come tanti creditori solidali, e il depositario è liberato verso di tutti col consegnar che fa la cosa ad uno o più fra essi.

62. Qualora sia morto il depositario, lasciando diversi eredi, ciascuno di essi è tenuto dell' azione

---

(1) Questo articolo dice semplicemente: *Se la cosa non è divisibile*, ec.; ma ben si comprende che non trattasi qui dell' indivisibilità legale, come è definita dall' art. 1217 c. c. = *1170 ll. cc.*

di deposito soltanto per la sua porzione ereditaria, sì nel caso in cui il deposito fosse perito per fatto del defunto, come in quello nel quale essi detenessero in comune la cosa.

Ma se la detenga un solo di loro, può essere convenuto in giudizio per lo intero nella sua qualità di detentore, e gli altri per la loro porzione ereditaria nella qualità di eredi.

E se uno di essi abbia fatto perire il deposito, senza che siavi stata colpa da parte degli altri, e prima che fossero in mora di restituirlo, chi lo fece perire può essere astretto per lo intero a motivo del suo dolo, ma gli altri non possono esserlo per alcuna parte, atteso che il fatto del loro coerede non li riguarda: è questo per essi un caso fortuito, di cui non debbono essere risponsabili vie meno che se un terzo avesse fatto perir la cosa: in somma, si applicano al caso di deposito le regole da noi sviluppate sulle obbligazioni degli eredi del debitore d'un corpo determinato, nel titolo *dei Contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale*, tom. XI, n.° 284.

63. Se il deposito siasi fatto a due o più persone, è come quando sia stato fatto ad una sola la quale fosse morta lasciando più eredi, a meno che i depositarî non siensi obbligati solidalmente; nel qual caso ciascun di essi potrebb'essere astretto per la restituzione dell' intero: la loro obbligazione si reggerebbe co' canoni delle obbligazioni solidali. Ma non crediamo che si dia solidalità di pieno dritto

in tal caso, e nè anche che l' obbligazione sia indivisibile con gli effetti che la legge attribuisce all' obbligazione indivisibile propriamente detta (1).

64. Se il deponente abbia avuto un cangiamento di stato, per esempio se la donna che nel tempo del deposito fatto era libera, siasi in seguito maritata e si trovi sotto la potestà del marito; se il maggiore che ha fatto il deposito sia stato interdetto, in tutti questi ed altri simili casi il deposito, dice l'art. 1940 c. c. = *1812 ll. cc.*, non può restituirsi se non a colui che ha l' amministrazione delle ragioni e dei beni del deponente.

La disposizione riguardante la donna maritata riceve nondimeno una modificazione pel caso in cui costei fosse separata di beni, o per contratto di matrimonio, o giudizialmente; giacchè la moglie separata di beni può disporre de' suoi mobili, ed alienarli (art. 1449 c. c. = *1413 ll. cc.*): può in conseguenza ricevere il pagamento o la restituzione di cose mobili, e rilasciarne valida quietanza.

65. Se, in senso inverso, il deposito sia stato fatto da un tutore, da un marito o da un amministratore in una di tali qualità, non può restituirsi se non alla persona rappresentata da questo tutore, marito o amministratore, se la loro gestione o amministrazione sia finita; art. 1941 c. c. = *1813 ll. cc.*

66. Se nel contratto di deposito si sia indicato

---

(1) *V.* tomo XI, n. 267.

il luogo in cui dee farsi la restituzione, il depositario è tenuto a trasportarvi la cosa depositata: ma se vi occorrono spese per lo trasporto, son queste a carico del deponente; art. 1942 c. c.=*1814 ll. cc.* Il servizio che rende il depositario non deve ridondare in suo pregiudizio: si reputa che le parti, dicono le leggi romane, abbiano convenuto in questo caso che le spese andrebbero a carico del deponente: *Si in Asia depositum fuerit, ut Romæ reddatur, videtur id actum ut non impensa ejus id fiat apud quem depositum sit, sed ejus qui deposuit;* l. 12, ff. *Depositi.* E nel nome *di spese di trasporto* debbonsi comprendere le spese del viaggio che il depositario fosse stato obbligato di fare, secondo le circostanze per trasportar la cosa al luogo convenuto.

67. Se il contratto non indica il luogo della restituzione, questa dee farsi, dice l'art. 1943 c. c. = *1815 ll. cc.*, nello stesso luogo del deposito.

Tali parole *nello stesso luogo del deposito*, sono ambigue, potendo intendersi tanto del luogo dove siasi fatto il deposito, quanto del luogo in cui si trovi la cosa depositata al momento che ne vien dimandata la restituzione, qualora il depositario, sia per aver cambiato domicilio, sia per altra cagione, l'abbia trasportata altrove; imperciocchè la parola *deposito* s'intende sì pel contratto che per la cosa depositata. Da una parte, siccome il deposito è generalmente d'un corpo determinato, e secondo l'art. 1247 c. c. = *1200 ll. cc.*, il paga-

mento di un corpo determinato deve farsi nel luogo dove era la cosa nel tempo del contratto, potrebbesi credere che le suddette espressioni significhino il luogo dove si formò il contratto di deposito, mediante la tradizione della cosa al depositario. Ma da un' altra banda questo contratto è essenzialmente di buona fede, e non sarebbe giusto che ridondasse in danno del depositario, nel caso in cui avendo il medesimo cangiato domicilio, abbia trasportato la cosa nella sua nuova residenza, il che l' obbligherebbe a fare spese per trasportarla nel luogo dove la ricevè. Stante ciò, devesi comunemente intendere per *luogo stesso del deposito* il luogo dove si trovi la cosa al momento in cui ne vien dimandata la restituzione. Secondo la legge 12, § 1, ff. *Depositi*, la restituzione, non essendovi patto in contrario, doveva farsi nel luogo dove trovavasi la cosa al momento che era ridomandata, non importa che si fosse consegnata altrove al depositario, basta però che non esistesse mala fede da parte di costui, cioè basta che non l'avesse per malizia trasportata in altro luogo. Or deve credersi che i compilatori del Codice intesero adottar questa regola, seguita da' nostri autori.

Del resto questa legge dava al deponente il dritto di richiedere che la cosa gli fosse consegnata a Roma, ma a condizione di soffrire le spese di trasporto ed i casi fortuiti. Appresso noi il deponente potrebbe anche pretendere che la cosa gli venisse consegnata nel luogo dove fece il deposito, ma si-

milmente a condizione di soffrire le spese di trasporto ed i casi fortuiti, come nel caso precedente.

68. Il deposito deve restituirsi al deponente appena che lo avrà domandato, ancorchè si fosse fissato nel contratto un termine per la restituzione; purchè, come lo abbiamo già detto, non esista presso il depositario un decreto di sequestro o un atto di opposizione acciocchè la cosa depositata non venga restituita o traslocata; art. 1944 c. c.=*1816 ll. cc.*

Il termine stabilito per la restituzione essendolo stato nell' interesse del deponente, può egli rinunciarvi quando gli piaccia. Ed anche nel caso in cui il deposito, stante questa circostanza, si fosse fatto pure nell'interesse del depositario, come già ne abbiam dato taluni esempî, e come lo suppone l'art. 1928 c. c. = *1800 ll. cc.*, il deponente non potrebbe meno farsi restituire immediatamente la cosa, tuttochè in questo caso il contratto contenesse un termine stabilito per la restituzione. Il citato art. 1944 non distingue.

Del resto se per effetto di qualche circostanza particolare, o di forza irresistibile, il depositario non potesse restituire immediatamente la cosa, bisognerebbe accordargli il tempo che fosse a questo uopo necessario. Tale sarebbe il caso in cui, per effetto di morte o di altra cagione, si trovassero apposti i sigilli sopra ciò in cui si contenesse l'oggetto depositato. Tale sarebbe pure il caso nel quale si

trattasse di un cavallo, di cui il deponente avesse permesso al depositario di servirsi, ed allorquando ne fosse dimandata la restituzione, questo cavallo si trovasse in viaggio. Avverrebbe lo stesso qualora si fosse specialmente stabilito un termine tra cui farsi la restituzione, e ciò per comodo del depositario: per esempio, nel caso in cui prevedendo di doversi allontanare per un certo tempo da casa sua, si fosse convenuto che restituirebbe la cosa al suo ritorno, perchè non voleva lasciare ad alcuno la chiave dell' armadio in cui intendeva di riporla.

69. Secondo l'art. 1945 c. c. = *1817 ll. cc.*, il depositario infedele non è ammesso al beneficio della cessione, il che in conseguenza suppone di essere soggetto all'arresto personale, poichè, giusta l'art. 1270 c. c. = *1224 ll. cc.*, il beneficio della cessione ha per effetto di esimere il debitore dall'arresto personale. Da un'altra banda niuna disposizione del titolo *dell' arresto personale* lo pronuncia contra il depositario volontario o ordinario: l'art. 2060 c. c. = *1934 ll. cc.* lo pronuncia in materia di deposito soltanto nel caso del *deposito necessario*; mentre che l' art. 1945 c. c. = *1817 ll. cc.* è posto sotto la sezione intitolata del *deposito volontario*. Che anzi l' art. 2063 c. c. vieta espressamente a' tribunali di ordinar l' arresto personale fuori ne' casi formalmente determinati dalla legge, o che potrebbero esserlo con una legge posteriore. In verità l' art. 126 c. pr. = *220 ll. pr. civ.* permette a' giudici di pronunciarlo in materia civile

per danni ed interessi maggiori della somma di trecento franchi; ma il Codice di procedura è posteriore al Codice civile, ed in conseguenza non può servire a conciliare le disposizioni di quest' ultimo Codice che sembrano in antinomia. Nondimeno quella dell' art. 1945 c. c. = *1817 ll. cc.* spiegasi benissimo con la regola generale, sancita dal Codice *de' delitti e delle pene* del 3 nebbioso anno VI, in vigore quando si pubblicò il Codice civile, che lo arresto personale ha luogo per le restituzioni e pei danni ed interessi dovuti per misfatto o delitto; regola riprodotta nell'attual Codice penale (art. 52= *48 ll. pen.*); giacchè l' infedeltà del depositario è un delitto (art. 408 *ibid.* = *430 n.° 4 ibid.*), e non potrebbe costui liberarsi dall' arresto mediante il beneficio della cessione. Così anche dispone l'art. 905 c. pr. = *982 ll. pr. civ.* Noi già demmo spiegazioni su questo art. 1945, trattando del beneficio della cessione, nel tomo XII, n.° 271.

70. Siccome non avvi deposito nell' azione di ricevere la cosa a questo titolo, vie maggiormente che non avvi vendita nella compra che facciamo di ciò che già ci appartiene, segue da ciò che qualunque obbligo del depositario si estingue, quando venga a scoprire ed a provare esser egli stesso il proprietario della cosa depositata; art. 1946 c. c. = *1818 ll. cc.*

Del resto, se il deponente avesse il dritto di goder della cosa da lui affidata al proprietario a titolo di deposito, vi sarebbe perfettamente contratto

di deposito. Per esempio, se un usufruttuario affidasse al padrone a titolo di deposito la cosa su cui risiede il suo dritto di usufrutto, è indubitato che questo padrone sarebbe tenuto delle vere obbligazioni di un depositario, e dovrebbe in conseguenza restituir la cosa quando glie ne venisse domandata la restituzione, a meno che allora non fosse cessato l'usufrutto.

71. Nè il depositario, nè il suo erede possono invocare la prescrizione, anche di anni trenta, ad effetto di pretendersi proprietarî della cosa, e negarsi a restituirla, come avendola acquistata con questo mezzo, se mai esista ancora; giacchè coloro i quali posseggono in nome altrui, e loro eredi, non prescrivono giammai per qualunque corso di tempo, ad effetto di acquistar la cosa da essi tenuta; art. 2236 e 2237 c. c. = *2142 e 2143 ll. cc.* Sotto tal riguardo non puossi applicare l'art. 2262 c. c. = *2168 ll. cc.*, il quale dispone che tutte le azioni tanto *reali* quanto personali si prescrivono col decorso di trent'anni. Ma se la cosa più non esista, anche per colpa del depositario o di lui erede, non trattasi più della prescrizione ad effetto di acquistare, ma della prescrizione ad effetto di liberarsi dall'azione di deposito, la quale, come tutte le altre azioni derivanti da' contratti, estinguonsi con anni trenta.

Siccome trattasi qui di una cosa mobile, che il depositario o di lui erede ben potrà non mostrare quando glie ne verrà chiesta la restituzione dopo

gli anni trenta, crediamo che incumberebbe al deponente il provare di esistere essa in realtà presso il depositario, se questi negasse di averla ancora in poter suo; giacchè vi sarebbe presunzione di restituzione, mentre vi sarebbe prescrizione contra l'azione nascente dal contratto di deposito. Ma se fosse provato contra il depositario di aver egli tuttavia la cosa, o se confessasse egli medesimo di averla, ma pretendesse di essere ritornata in poter suo per via di commercio dopo di essere stata da lui restituita al deponente, reputiamo che spetterebbe a lui il provare il fatto della restituzione. Quando siasi cominciato a possedere in nome altrui, si presume sempre che si possegga con lo stesso titolo, se non vi sia pruova in contrario; art. 2231 c. c. = *2137 ll. cc.* In vano egli direbbe che l'atto di deposito, in virtù del quale cominciò a possedere, sia un titolo estinto, presunto soddisfatto, e non provi in conseguenza il dritto di proprietà dell'attore: vero è che tale titolo è estinto in quanto che sen volesse formar la base di un'azione di deposito; ma non si sperimenta questa azione contra il convenuto, si agisce ora contra di lui come detentore della cosa altrui, e l'atto di deposito non altro è qui che la pruova del dritto di proprietà del reclamante. Altrimenti gli usufruttuarî, gl'inquilini o coloni, e tutti gli altri detentori a titolo precario, potrebbero facilmente dispensarsi dal restituir la cosa dopo anni trenta dal giorno dell'atto, e diverrebbe illusoria la disposizione della leg-

ge che loro vieta d' invocare la prescrizione, ad effetto di acquistarla, poichè col fatto l'acquisterebbero realmente.

SEZIONE III.

Delle obbligazioni del deponente.

SOMMARIO

72. *Il depositario dev' essere fatto indenne delle spese da lui erogate per conservare la cosa, e delle perdite che il deposito gli abbia cagionate.*

73. *Sviluppamento.*

74. *Dritto che ha il depositario di ritenere il deposito sino all' intero pagamento di ciò che gli è dovuto per causa del deposito stesso.*

72. Col contratto stesso di deposito; la persona che fa il deposito non contrae alcuna diretta ed immediata obbligazione; ma può trovarsi obbligato posteriormente, *ex post facto*, a causa di questo medesimo deposito; ed è quando il depositario abbia fatto qualche spesa o sofferto qualche perdita per conservare la cosa depositata o in occasione di essa, e l' equità richiedeva che fosse renduto indenne di tali spese e di tali perdite. È questa la disposizione dell' art. 1947 c. c. = *1819 ll. cc.*, così conceputo:

« Il deponente è obbligato di rimborsare al de-
« positario le spese fatte per conservare la cosa de-
« positata, e di farlo indenne di tutte le perdite
« che il deposito può avergli cagionate ».

73. Circa alle spese, il depositario dovette fare soltanto quelle che erano necessarie ed urgenti, a fin di non nuocere al deponente, il quale non avrebbe forse fatto spese non necessarie, benchè sembrassero utili agli occhi del depositario, e lo fossero anche in effetti. Per queste, egli non potrebbe reclamare che una somma uguale all' aumento di valore provato dalla cosa, e non l' intero importare di ciò che avesse erogato; in vece che per le spese necessarie, siccome deve credersi che il deponente le avrebbe fatte egli stesso qualora fosse stato presente, è in obbligo di rimborsarne la somma, senza riguardo all' aumento di valore che la cosa abbiane provato.

In generale ancora il depositario non deve fare spese sulla cosa, allorchè il difetto o il deterioramento esisteva già quando gli fu consegnata, a meno che il deponente non l' abbia autorizzato a farle; e riguardo anche ad una spesa necessaria la cui causa fosse sopraggiunta dopo il contratto, deve astenersi dal farla prima di aver prevenuto il deponente, se non siavi urgenza.

Qualora la perdita cagionata dal deposito possa attribuirsi a negligenza del depositario, non può costui pretendere alcuna indennità a tal riguardo.

74. Siccome le obbligazioni incidenti del deponente hanno il loro principio nel contratto di deposito, si possono considerare sotto tal riguardo come correlative a quelle del depositario, in modo che il loro adempimento sia una tacita condizione

di quella di quest' ultimo, di restituir la cosa: in conseguenza il Codice gli accorda il dritto di ritenere la cosa sino all'intero pagamento di tutto ciò che gli è dovuto per causa del deposito (art. 1949 c. c. = *1821 ll. cc.*; e questo dritto non lo ha soltanto rispetto al deponente, ma lo ha pure riguardo a' creditori di costui, giacchè l'articolo non distingue: talmente che fino a quando non sia pagato, può ritener la cosa, non ostante il sequestro che i medesimi avessero creduto di doverne fare. E se la lasciasse vendere da' creditori, ad essi consegnandola, eserciterebbe ancora sul prezzo della vendita il privilegio accordato dall'art. 2102 n.° 3 c. c. = *1971 n.° 3 ll. cc.* a causa delle spese fatte per conservare la cosa, ma non l'avrebbe per le semplici perdite da lui sofferte in occasione del deposito.

CAPITOLO III.

Del deposito necessario.

SOMMARIO.

75. *Qual sia il deposito necessario.*
76. *Come possa provarsi.*
77. *A quali regole sia soggetto.*
78. *Gli albergatori e gli osti sono considerati come depositarî necessarî rispetto alle robe de' viaggiatori.*
79. *Della loro risponsabilità a tal riguardo.*
80. *È necessario che il viaggiatore il quale si duole della perdita delle sue robe non abbia a rimproverarsi di aver commesso qualche colpa la quale potè dar luogo alla perdita.*

*

81. Gli albergatori non sono risponsabili de' furti commessi con forza armata, o con altra forza irresistibile.

82. In caso di controversia sulla natura del fatto che cagionò la perdita, spetta all' albergatore di far la pruova.

83. Caso in cui l' albergatore sia ugualmente risponsabile.*

75. Il deposito necessario è quello che si è dovuto fare per qualche accidente, come per un incendio, una rovina, un saccheggio, un naufragio, o altro avvenimento non preveduto; art. 1949 c. c. = *1821 ll. cc.*

76. Siccome in tal caso non fu possibile al deponente procurarsi un ricevo del deposito, la pruova testimoniale può essere ammessa, quando anche si trattasse di una somma maggiore di centocinquanta franchi; art. 1950 e 1348 c. c. = *1822 e 1302 ll. cc.*

Ma come è detto nell' ultimo di questi articoli, *secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto.*

77. Il deposito necessario è altronde sottoposto a tutte le regole precedentemente enunciate sul deposito volontario; art. 1951 c. c. = *1823 ll. cc.*

78. Gli osti e gli albergatori sono tenuti come depositarî per le robe introdotte ne' loro alberghi dal viandante che vi alloggia. Il deposito di tali robe deve riguardarsi come un deposito necessario (art. 1952 c. c. = *1824 ll. cc.*), e per conseguenza ne è ammessa la pruova testimoniale anche per somma maggiore di 150 franchi, secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto; art. 1348 c. c. = *1302 ll. cc.*

Devonsi assimilare agli osti ed agli albergatori coloro che affittano appartamenti mobigliati (1).

79. Gli osti e gli albergatori sono risponsabili pel furto o pel danno arrecato alle robe del viandante, tanto se il furto sia stato commesso, o il danno sia stato arrecato da' domestici, o dalle persone preposte alla direzione degli alberghi, quanto dagli estranei che vanno e vengono in essi; art. 1953 c. c. = *1825 ll. cc.*

Per conseguenza il viaggiatore la cui roba più non si trovi, o sia stata danneggiata, non è obbligato a provare da chi sia stata rubata o danneggiata.

80. È necessario però che non vi sia stata alcuna colpa da sua parte, giacchè se egli abbia lasciata la roba nella prima stanza, in un luogo ove ognuno può entrare, senza prevenirne l'albergatore, domestico o persona preposta, e gli sieno state rubate o danneggiate, l' oste non n' è risponsabile, eccetto se il viaggiatore provi che il fatto sia stato commesso da una delle persone di cui l'oste è civilmente risponsabile, un suo figlio, o un suo domestico o persona da lui preposta.

Così ancora, se siasi dato al viaggiatore una camera chiusa con chiave, ed uscendo abbia trascurato di tirare la chiave, l'albergatore non sarà risponsabile del furto, eccetto se il viaggiatore provi

---

(1) Arresto di cassazione, sezioni riunite, del 27 giugno 1811; *Sirey*, 1811, 1, 300.

che sia stato commesso da una persona della casa.

81. Gli osti e gli albergatori non sono tenuti pe' furti commessi con forza armata o con altra forza irresistibile; art. 1954 c. c. = *1826 ll. cc.*

82. Ma in caso di controversia sulla natura del fatto, dovrebbe l'albergatore provare il fatto di forza irresistibile, poichè per regola è risponsabile del furto, e solo la forza irresistibile gli permette di fare un' eccezione.

Del resto nel caso di controversia sul fatto se le robe domandate siensi portate nell' osteria, è chiaro che la pruova spetta al viaggiatore.

Dopo fatta la pruova si presta fede all'attore sul suo giuramento circa al valore degli effetti; ma il giudice determina la somma sino alla concorrente quantità della quale può prestarsi fede all' attore sopra il suo giuramento; art. 1369 c. c. = *1323 ll. cc.*

V. su tal punto quanto fu da noi detto nel tomo XIII, n.° 626; *V.* anche il tomo XVII, n.° 241 a 247.

83. In generale devesi riguardare l' oste o l'albergatore come risponsabile del furto o dei danni commessi sulle mercanzie caricate sulle vetture lasciate fuori dell' osteria nella strada o via pubblica, per non aver potuto far chiudere la vettura in un cortile o in una rimessa. È sua colpa il non averla fatta guardare, quando non poteva metterla in sicuro; il vetturale dovette credere che sarebbe custodita.

SECONDA PARTE

DEL SEQUESTRO.

SOMMARIO

84. *Divisione di questa materia.*

84. Vi sono due specie di sequestro : il sequestro convenzionale, e il sequestro giudiziale; art. 1953 c. c. = *1825 ll. cc.*

Si dà il nome di sequestro al contratto, e quello di sequestratario alla persona alla quale la casa vien affidata. I dottori chiamano il contratto *sequestrarium*, e la persona *sequester.*

CAPITOLO PRIMO

Del sequestro convenzionale.

SOMMARIO

85. *Quale sia il sequestro convenzionale.*
86. *Può non essere gratuito.*

85. Il sequestro convenzionale è il deposito di una cosa controversa, fatto da più persone presso un terzo il quale si obbliga a restituirla, terminata la controversia, a colui il quale sarà dichiarato che debba appartenere; art. 1956 c. c. = *1828 ll. cc.*

Questo articolo però dice; « il deposito fatto *da* « *una* o da più persone »; ma è questa una inesattezza, giacchè trattandosi di una cosa litigiosa, di una cosa sulla quale per conseguenza molti pretendono di aver dritto, il sequestro convenzionale che ne vien fatto è necessariamente un deposito fatto da molti; diversamente sarebbe un deposito ordinario, quantunque si trattasse di una cosa contenziosa, ed il depositario non sarebbe obbligato per effetto del contratto che verso colui che gliel' avesse consegnata, e non verso altra persona, quantunque la causa fosse stata vinta da quest'ultima. Ciò per altro è quel che espressamente prescrivono le leggi romane: *Licet deponere tam plures quam unus possint, attamen apud sequestrem nonnisi plures deponere possunt: nam tum id fit cum aliqua res in controversiam deducitur: itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse, quod aliter est, cum rem communem*

plures deposuerunt; l. 17, *pp.* ff. *Depositi* (1).

86. Il sequestro può non essere gratuito; art. 1957 c. c. = *1829 ll. cc.* Ma il sequestro convenzionale è gratuito di sua natura, cioè che è tale, eccetto convenzione in contrario; mentrechè il sequestro giudiziale, collo stabilire un custode, è tacitamente convenuto mediante una mercede, quella determinata dalla legge, secondo i diversi casi.

Quando il sequestro convenzionale è gratuito, è sottoposto alle regole del deposito propriamente detto, salve le differenze appresso indicate; art. 1958 c. c. = *1830 ll. cc.*

87. Il sequestro può avere per oggetto non solamente i beni mobili, ma ancora gl' immobili; art. 1959 c. c. = *1831 ll. cc.*

88. Può aver puranche per oggetto non solo la proprietà della cosa, ma il semplice possesso ancora, nel caso in cui si contendesse del possesso tra coloro che fanno il sequestro; e in questo caso si reputa che durante la causa possegga la persona a cui fu affidata la cosa; ma il suo possesso giova a colui che ha guadagnato la lite, non solamente contro l'altra parte, ma ancora contro i terzi: esso serve per le azioni possessorie del pari che per la prescrizione.

Secondo la legge 17, § 1, ff. in questo titolo, il sequestratario *possiede* la cosa; mentrechè il depositario ordinario la detiene soltanto; giacchè, dice

(1) *V.* anche la l. 6 *hoc tit.*

il giureconsulto Fiorentino, nel sequestro lo scopo delle parti è che il possesso di colui al quale vien fatto questa specie di deposito non serva nè all'una nè all'altra, in modo che colui che veniva giudicato dover ottenere la cosa non poteva invocare questo possesso, o per l'usucapione, o per isperimentare gl'interdetti possessorî. Ma Giuliano nella legge 39, ff. *de acquirenda vel amittenda possessione*, dice che importi di conoscere quale sia stata l'intenzione delle parti facendo il sequestro: se ebbero in mira di rinunziare entrambe ad ogni pretensione al possesso della cosa, perchè questo possesso era litigioso, incerto, e sia ciò chiaramente dimostrato, allora il possesso, durante la causa, appartenne al sequestratario, e colui che vinse la lite non può farlo servire all'usucapione. Ma se il sequestro fu fatto soltanto per custodire la cosa, questo possesso serve a colui che vinse la lite, per poter completare il tempo richiesto per l'usucapione, come lo abbiamo detto. Appresso noi il possesso del sequestratario in qualunque caso giovevebbe a colui che guadagnasse la causa.

89. Il sequestro convenzionale differisce altresì dal deposito, sia volontario, sia necessario, in quanto che nel deposito il deponente può riprendere la cosa allorchè gli piace, ancorchè si fosse convenuto un termine per la restituzione; mentrechè nel sequestro, colui il quale abbia di fatto consegnato la cosa al sequestratario non può riprendersela egli solo quando gli piace; sarebbe d'uopo del consenso

dell' altra parte: il depositario incaricato del sequestro non può essere liberato prima che sia terminata la controversia, se non mediante il consenso di tutte le parti interessate, o per una causa giudicata legittima (art. 1960 c. c. = *1832 ll. cc.*); in modo che se restituisse volontariamente la cosa ad una delle parti prima che una sentenza abbia giudicata la controversia, ovvero dopo la sentenza, a quella che fosse stata succumbente, sarebbe risponsabile verso l' altra del danno che tale restituzione potrebbe cagionarle.

90. Una terza differenza tra il deposito e il sequestro, è che nel deposito di una cosa comune a molti, fatto dai diversi proprietarî, ciascun deponente non può domandare la cosa che per la sua porzione; e se non possa dividersi senza deteriorazione, debbono porsi di accordo per ritirarla; salvo, come più innanzi il dicemmo, il caso in cui fosse stato convenuto che ciascun di essi potrebbe riprendere l' intero. Mentrechè nel sequestro colui al quale siasi giudicato dover spettare la cosa può agire per lo intero contra il sequestratario, per farsela restiture, ed il sequestratario è liberato verso l' altra parte mediante la restituzione fatta al primo, sia oppur no materialmente divisibile la cosa.

CAPITOLO II.

Del sequestro o sia deposito giudiziario.

SOMMARIO

91. *In quai casi il giudice può ordinare il sequestro.*
92. *Nomina di un custode in caso di sequestro di mobili, e sue obbligazioni e suoi dritti.*
93. *A chi vien affidato il sequestro giudiziario, e sue obbligazioni.*

91. Il giudice può ordinare il sequestro (a):
1.° De' mobili presi ad un debitore;

(a) Il consigliere Sollima nella Camera di grazia e giustizia del già Supremo Consiglio di Cancelleria sull' art. 1903 del progetto (corrispondente all'art. 1833 delle nostre leggi civili) opinava dichiararsi, che i casi espressi in questo articolo non fossero scritti tassativamente, potendovi essere altre specie egualmente urgenti nelle quali se ne possa estendere l' applicazione. Avvertì che secondo tale intelligenza coll' art. 26 della legge organica giudiziaria dei 29 maggio 1817 si diede la facoltà ai giudici di circondario di rilasciare ordini di sequestro di cose mobili, crediti, o altri effetti per qualunque somma, quando possano deteriorare, perire, essere nascosti, o in qualunque altro modo essere sottratti al creditore.

Il consigliere Magliano rispose che il suddetto articolo è restrittivo ai casi che prevede, nei quali soltanto, ed in altri espressamente indicati dal Codice di procedura, puossi ordinare il sequestro. La legge organica poi determina la giurisdizione, ed attribuzione dei magistrati, la quale devesi esercitare nei modi e nei casi stabiliti dal rito, altrimente sarebbe tutto regolato dall'arbitrio, nemico capitale della legge e della giustizia. Quindi comunque i giudici regî siano facoltati per qualunque somma a rilasciare sequestri per misura di conservazione, non possono tali misure disporsi che nei soli casi previsti dalla legge e dal rito, cioè per rivendicazione, sui mobili, effetti, frutti dei conduttori e fittuarî, sugli oggetti del debitore forestiere, ed in altri casi espressi dal Codice di procedura.

Il consigliere Sarno trovando regolari le osservazioni del preopi

2.° Di un immobile o di una cosa mobile, la di cui proprietà, o il cui possesso sia conteso fra due o più persone;

3.° Delle cose che un debitore offre per la sua liberazione; art. 1961 c. c. = *1833 ll. cc.*

4.° Di un immobile pignorato che non sia nè appigionato, nè affittato (art. 688 c. pr. = *766 ll. pr. civ.*): in tal caso il debitore medesimo può essere costituito sequestratario; *ibid.*

92. Quando si tratti di mobili pegnorati, il depositario si chiama *custode;* e ordinariamente vien nominato coll' atto stesso di pignoramento; art. 597 c. pr. = *687 ll. pr. civ.*

La destinazione di un depositario giudiziale produce fra il sequestrante ed il depositario stesso vicendevoli obbligazioni. Il depositario deve usare per la conservazione delle cose sequestrate la diligenza di un buon padre di famiglia.

---

nante consigliere Magliano, desiderava però dichiararsi, che non debba mai, anche ai termini della legge *unic. Cod. de prohib. sequestr.*, principiare dal sequestro, e che questo possa disporsi quando le qualità delle parti non sono in controversia, come di erede, legatario, creditore, debitore, e quando nei litiganti vi concorre una uguaglianza di condizione, o di dritto.

Il consigliere Magliano rispose, che i principî spiegati dal consigliere Abate Sarno di dover essere uguale la condizione dei litiganti, di sostenersi le proprie ragioni da titoli, che meritano consimili riguardi, sono illazioni, che si desumano dal numero 2 del suddetto articolo......del progetto, e si attengono alla parte dottrinale, e non già all' ufficio del legislatore, il quale dopo aver indicato i casi nei quali possa disporsi il sequestro, non deve discendere a minute spiegazioni, proprie della scuola e del foro.

La detta Camera di grazia e giustizia accolse l' avviso del consigliere Magliano. Trad.

Debbe esibirle, sia per soddisfare il sequestrante colla vendita, sia per restituirle alla parte contra cui sono state fatte le esecuzioni, in caso di rivocazione del sequestro.

L'obbligo del sequestrante consiste nel pagare al depositario il salario stabilito dalla legge; art. 1962 c. c. = *1834 ll. cc.*

Il depositario non può servirsi delle cose pegnorate, nè affittarle o prestarle, sotto pena di esser privato delle spese della custodia, ed obbligato a pagare i danni ed interessi; art. 603 c. pr.= *693 ll. pr. civ.*

Se gli oggetti pegnorati han prodotto qualche rendita o profitto, il depositario è tenuto a renderne conto, anche sotto pena di arresto personale; art. 604 c. pr. = *694 ll. pr. civ.*

È soggetto all' arresto personale per tutte le sue obbligazioni; art. 2060 c. c. = *1934 ll. cc.*

Il depositario può domandare di essere esonerato dalla custodia, qualora la vendita non sia stata effettuata nel giorno stabilito dal processo verbale, e non risulti alcun ostacolo che l'abbia impedita. In caso d'impedimento egli potrà chiedere la sua esonerazione due mesi dopo il pegnoramento, salvo al creditore pegnorante il diritto di far nominare un altro depositario; art. 605 c. pr. = *695 ll. pr. cc.*

Il depositario chiederà di essere esonerato, citando il creditore ed il debitore a comparire in via di sommaria esposizione avanti il giudice del luogo dove sarà stato fatto il pegnoramento, e se egli ottiene di essere esonerato, deve procedersi prima di

tutto alla ricognizione degli effetti pegnorati, chiamate le parti; art. 606 *ibid.* = *696 ibid.*

93. Il sequestro giudiziario vien affidato o ad una persona su cui le parti interessate sieno fra loro convenute, o ad una persona nominata *ex officio* dal giudice.

Nell' uno e nell' altro caso quegli a cui venne affidata la cosa, è sottoposto a tutti gli obblighi che produce il sequestro convenzionale; art. 1963 c. c. = *1835 ll. cc.* (a).

Dippiù può essere anche astretto coll' arresto personale nel caso in cui sia stato scelto dalle parti; giacchè è depositario giudiziario, lo che rende applicabile l' art. 2060 c. c. = *1934 ll. cc.*; mentrechè il depositario convenzionale non può essere legalmente astretto con arresto personale, salvo ai tribunali, in virtù dell' art. 126 c. pr. = *220 ll. pr. civ.*, di pronunziar l' arresto contro di lui per danni ed interessi eccedenti trecento franchi. Neanche potrebbe soggettarsi all' arresto personale con una espressa dichiarazione; art 2063 c. c. combinato coi precedenti.

(a) Un consegnatario di animali non può dopo diciassette anni, secondo la massima stabilita nella legge 135 ff. *de Reg. jur.*, essere condannato all' esibizione degli animali, dappoichè giusta la detta massima *ea, quæ dari impossibilia sunt, vel quæ in rerum natura non sunt, pro non adjectis habentur;* ma in vece potrà astringersi pel valore degli animali, precedente regolare liquidazione: *decis. della nostra Corte Suprema di giustizia, dei 14 agosto 1828, nella causa tra* Parente e Marfa. TRAD.

FINE DEL CONTRATTO DI DEPOSITO E DEL SEQUESTRO.

TITOLO XII.

De' contratti aleatorî.

CAPITOLO PRIMO

Definizione del contratto aleatorio, e delle sue diverse specie.

SOMMARIO

94. *Che cosa intendasi per contratto aleatorio.*
95. *Definizione del contratto di assicurazione.*
96. *Definizione del prestito a tutto rischio.*
97. *Che intendasi per giuoco e scommessa.*
98. *Nell' art. 1104 i compilatori del Codice ebbero principalmente in mira il giuoco e la scommessa, nonchè il contratto di rendita vitalizia, mentrechè nell' art. 1964 essi ebbero anche in mira il contratto di assicurazione ed il prestito a tutto rischio.*
99. *Le regole riguardanti questi due ultimi contratti appartengono al Codice di commercio.*

94. I contratti aleatorî, come il nome lo indica, sono quelli i cui effetti dipendono più o meno dal caso. Il Codice così li definisce nell' art. 1964 c. c. = *1836 ll. cc.* :

« Il contratto aleatorio è una convenzione reci-
« proca, i cui effetti relativamente al guadagno ed
« alla perdita, sia per tutti i contraenti, sia per
« uno o per più di essi, dipendono da un avve-
« nimento incerto.

« Tali sono :

« Il contratto di assicurazione,
« Il prestito a tutto rischio,
« Il giuoco e la scommessa,
« E il contratto di rendita vitalizia.
« I due primi sono regolati dalle leggi maritti-
« me ».

95. Ora però vi sono altre assicurazioni oltre le marittime: ve ne sono per gl' incendî, per la grandine ed altri accidenti di forza irresistibile. Quantunque sottoposte alle regole generali del Dritto, vanno esse soggette, con l' approvazione del governo, ai regolamenti, che formano la legge delle compagnie che le han fondate e de' privati che si fanno assicurare.

Il contratto di assicurazione generalmente è l'obbligo che assumono una o più persone verso una o più altre di garantirle da certi rischi preveduti, mediante un prezzo pattuito, che si chiama *premio di assicurazione.*

Circa all' assicurazione marittima in particolare, è essa un contratto aleatorio col quale una delle parti, mediante un prezzo determinato, assume l' obbligo di far indenne l' altra de' danni che potranno soffrire sopra mare, e per accidente di forza irresistibile, cose esposte ai pericoli della navigazione.

In questo contratto non può esservi incertezza di guadagno o di perdita per tutte le parti, ma soltanto per una di esse, ed ecco perchè la definizione di questo art. 1964 è migliore di quella del-

l' art. 1104 c. c. = *1058 ll. cc.*, la quale suppone, per essere aleatorio il contratto, che l' incertezza del lucro o della perdita sia per *tutte le parti.*

In fatti l' evento del lucro o della perdita non esiste indistintamente per l' assicurato e per l' assicurante; non esiste che per quest' ultimo, il quale lucrerà il premio, se non accada qualche disgrazia, ma perderà il prezzo delle mercanzie, se periscano; in modo che vi sarà un vantaggio per lui nel primo caso, e perdita effettiva nel secondo. Ma circa all' assicurato, non è egli esposto all' evento del guadagno o a quello della perdita, per effetto del contratto; giacchè avrà sempre le sue mercanzie, o il loro valore se sieno perite, ed anche scemate del premio di assicurazione; ciò che esclude per lui ogni supposizione di lucro risultante dal contratto. E circa al premio, siccome lo deve sempre in qualunque evento, è chiaro che esso non può a suo riguardo esser considerato come una perdita *dipendente da un incerto evento.*

96. La definizione dell'art. 1964 c. c.=*1836 ll. cc.* conviene benissimo anche al prestito a tutto rischio, ma non può tampoco convenirgli quella dell' art. 1104 c. c. = *1058 ll. cc.* Il prestito a tutto rischio è un contratto col quale una delle parti presta una somma all' altra, soggettando specialmente all' obbligazione cose facenti parte di una spedizione marittima, e sotto la condizione che in caso di perdita delle dette cose, non si dovrà restituire la somma, e che nel caso di felice arrivo,

si dovrà restituire con un lucro convenuto, il quale può eccedere la misura determinata dalla legge pel *maximum* dell' interesse convenzionale. Giusta tale definizione è chiaro che il mutuatario non va esposto ad alcun evento di *perdita*, eccetto il suo tempo, ma che non è l'oggetto diretto del contratto. Il mutuante soltanto corre l'evento del lucro e della perdita: quello del lucro, perchè ritrarrà dal suo capitale un grande interesse se le mercanzie arrivano in porto felicemente, e quello della perdita, perchè perderà il suo capitale nel caso contrario.

97. Ma nel giuoco e nella scommessa, del pari che nella rendita vitalizia costituita a titolo oneroso, avvi in realtà evento di lucro o di perdita per ciascuna parte, *secondo un incerto avvenimento*, poichè nella rendita vitalizia, per esempio, colui che somministra il capitale o altra cosa, prezzo della costituzione, può aver lunga vita, e ricevere così annualità cumulate eccedenti di molto il valore della somma da lui data, compresivi gl'interessi ordinarî di tale somma; come al contrario se la rendita si estingua prontamente, avrà egli ricevuto meno di quanto diede; e nella prima ipotesi il debitore della rendita avrà evidentemente perduto, mentrechè avrà guadagnato nella seconda.

98. Probabilmente in considerazione soltanto di questi contratti, e non di quelli di assicurazione e di prestito a tutto rischio, i compilatori del titolo *de' Contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale*, dettarono la definizione dell'art. 1104 c.

c. = *1058 ll. cc.*; essi certamente pensarono che questi ultimi contratti dovendo essere trattati nel Codice di commercio, non occorreva dare una definizione che vi si applicasse ugualmente; mentrechè i compilatori del titolo *de' Contratti aleatorî* credettero, e con ragione, di doverne dare una che potesse applicarsi a qualunque specie di contratto aleatorio.

99. Non dobbiamo spiegare le regole del contratto di assicurazione, nè quelle del contratto a tutto rischio; queste regole sono esposte nel Codice di commercio.

In un primo capitolo enuncieremo quelle riguardanti il giuoco e la scommessa;

E in un secondo, quelle circa alla rendita vitalizia.

CAPITOLO II.

Del giuoco e della scommessa.

SOMMARIO

100. *Definizione del giuoco considerato come contratto.*

101. *Il giuoco comunemente si divide in tre classi.*

102. *Definizione della scommessa come contratto.*

103. *Questi contratti sono interessati da una parte e dall' altra, realmente commutativi.*

104. *Per massima la legge non accorda alcuna azione per un debito di giuoco o pel pagamento di una scommessa.*

105. *Disposizioni delle leggi romane a tal riguardo.*

106. *Disposizioni delle antiche ordinanze sullo stesso oggetto.*

107. *La pruova testimoniale fu sempre ammessa per istabilire che la causa di una obbligazione o promessa fosse una perdita al giuoco.*

100. Il giuoco considerato come contratto, può definirsi una convenzione interceduta tra due o più persone le quali fanno un giuoco tra loro convenuto, e giusta la quale colui che guadagnerà la partita riceverà dall' altro o dagli altri una certa somma o altra cosa precedentemente stabilita.

Pothier, nelle cui opere si rinviene un trattato sul *giuoco* (1), nel quale discute sotto il rapporto del foro interno, molte quistioni alle quali può dar luogo il giuoco, Pothier, diciamo, definisce il contratto di giuoco nel modo seguente:

---

(1) Barbeyrac fece anche un trattato sul giuoco.

« La convenzione che interviene tra due giuoca-
« tori, mediante la quale pattuiscono che quegli
« di essi il quale perderà, darà una certa somma
« a quello che avrà guadagnato, è un contratto
« della classe de' contratti interessati dall'una e l'al-
« tra parte, ed aleatorî ».

101. Comunemente si distinguono tre specie di giuoco:

Quelli di mero caso, come i giuochi di lotteria, de' dadi, ec.;

Quelli di sorte e di abilità al tempo stesso, e che perciò si chiamano *misti*, come il picchetto, l'imperiale, in cui l'abilità de'giuocatori ha molta parte nella vincita della partita;

Finalmente i giuochi ne' quali avvi destrezza ed esercizio di corpo.

Le due prime classi non producono azione; ma è diverso dell' ultima, come fra poco vedremo.

102. La scommessa è una convenzione o un contratto col quale due persone convengono che una di esse pagherà all' altra una somma o una cosa stabilita secondo che avvenga o pur no il caso da essi preveduto, e reciprocamente.

È questa una convenzione analoga a quella del giuoco, e i giuochi di sorte propriamente parlando non sono che scommesse.

103. Quantunque nel giuoco e nella scommessa colui che vince riceva la somma o la cosa convenuta senza dar nulla in cambio, nondimeno siccome non la riceve gratuitamente, il contratto è in

effetti del numero di quelli interessati da una parte e dall'altra. Di fatti non la riceve gratuitamente, ma come prezzo del rischio da lui corso di dare una simile somma all'altra parte, nel caso in cui avesse vinto costei, ciocchè costituisce la caratteristica de' contratti interessati da una parte e dall'altra, o commutativi.

104. Ma siccome questi contratti nei loro effetti tendono ad arricchire una delle parti a spese dell'altra, non potè la legge mirarli di un occhio favorevole; le sembrò che ledessero i principî del dritto naturale, il quale non permette che alcuno si arricchisca a spese altrui; per conseguenza non accorda azione veruna per un debito di giuoco, o pel pagamento di una scommessa (a), art. 1965 c. c. = *1837 ll. cc.* Tal'è la regola generale.

105. Il giuoco era severamente vietato dalle leggi romane. Il giureconsulto Paolo nella l. 2, ff. *de Aleatoribus*, fa parola di un senatoconsulto il quale vietava di giuocare a danaro in qualsivoglia giuoco, tranne a certi giuochi proprî ad esercitare al maneggio delle armi, ed altri giuochi che contribuiscono a sviluppare la destrezza e la forza del corpo, i quali erano nominatamente eccettuati dal divieto: *Senatus-consultum vetuit in pecuniam ludere, præterquam si quis certet hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat; Dicta lege.*

(a) Si osservi la nota al n.° 106 del decimosesto volume. Trad.

Questo senatoconsulto non si limitava a negare l'azione per dimandare ciò ch'erasi guadagnato ad un giuoco vietato, ma accordava ancora un'azione al succumbente per ripetere ciocchè aveva pagato per prezzo del giuoco, quantunque il pagamento fosse stato volontario, giacchè si considerava come fatto senza causa, *aut injusta causa.*

Pothier crede che questo Senatoconsulto si riferisca al tempo di Settimio Severo, o di qualche suo predecessore, lo che sembra più verisimile, perchè Paolo il quale viveva sotto quell'imperatore, glielo avrebbe probabilmente attribuito se fosse stato emanato sotto il regno di lui.

Coloro che ricevevano in propria casa giuocatori per giuocarvi a giuochi di sorte erano sì odiosi, che il Pretore loro negava ogni azione per gl'insulti che si fossero ad essi fatti, e pei danni cagionati, con furto o altrimenti. *Si quis eum apud quem alea lusum esse dicetur verberaverit, damnumve ei dederit, aut si quid eo tempore dolo ejus substractum est, judicium non dabo;* l. 1, ff. *dicto tit.*

Giustiniano fu severo, come dice Pothier, nelle leggi contro il giuoco: vietò, come lo avea fatto l'antico senatoconsulto, di giuocare a danaro in qualunque specie di giuoco, eccetto soltanto taluni giuochi, i quali sono specificati nella sua costituzione, e che contribuiscono alla destrezza ed all'esercizio del corpo; ma mentre il senatoconsulto avea permesso di giuocare a danaro in questi giuochi senza limitare la somma, Giustiniano ordinò

che non si potesse giuocarvi più di uno scudo d'oro da ciascuna parte.

Per gli altri giuochi egli accorda un' azione ai perditori per ripetere ciocchè abbian pagato, come lo aveva fatto il senatoconsulto; e soggiunge due cose importanti, 1.ª che quest'azione di ripetizione non fosse soggetta alla prescrizione ordinaria di trent'anni, ma che il perditore e suoi eredi fossero ammessi ad esercitarla per lo spazio di cinquant'anni; 2.ª che nel caso in cui il perditore trascurasse di domandare la somma da lui perduta e pagata, gli uffiziali municipali della città in cui si è giuocato potrebbero domandarne la ripetizione, per impiegare il danaro in opere pubbliche, per utile ed ornamento della città; ll. 1, 2 e 3 Cod. *de Aleat.*

Quindi si vede che nella mente de' Romani il giuoco era ben lungi dal produrre un' obbligazione naturale, poichè ammettevano essi la ripetizione di quanto erasi volontariamente pagato per un debito di giuoco; mentrechè negavano la ripetizione di ciocchè erasi pagato, anche per errore, nel caso in cui eravi debito naturale, come puossi rilevare da molte leggi del titolo *de Condictione indebiti*, nel Digesto o nel Codice.

106. Le ordinanze de' nostri Re sono ugualmente contrarie al giuoco.

Si rinviene tra i capitolari di Carlomagno un divieto che conferma le proibizioni di giuocare a giuoco di sorte, fatte tanto ai laici che agli ecclesiastici dal Concilio di Maienza, tenuto nell' anno 813.

S. Luigi colla sua ordinanza del 1254 vietò di giuocare a dadi.

Carlo il Bello nell'anno 1319, e Carlo V nel 1369, proibirono il giuoco de' dadi, della tavola reale, de' birilli, delle biglie e delle palle, e generalmente tutti i giuochi, eccetto quelli che son propri ad esercitare al maneggio delle armi, sotto pena pe' contravventori di 40 soldi di ammenda.

In prosieguo non più si eseguirono esattamente queste disposizioni. Quindi Carlo VIII in un'ordinanza per la polizia del Castelletto di Parigi, dopo aver fatto una generale proibizione ai carcerati di giuocare ai dadi, permise alle persone di distinti natali che vi eran detenute per cause leggieri e civili, di giuocare a tavola reale ed agli scacchi.

Delamare nel suo *trattato della Polizia* riferisce talune lettere patenti di Francesco I.° in favore del giuoco della palla, le quali permisero di esigere ciocchè erasi guadagnato a quel giuoco.

Carlo IX coll'ordinanza di Orleans (art. 101) vietò tutte le bische, i giuochi di birilli e di dadi, sotto pena pe' contravventori di essere puniti straordinariamente.

Lo stesso Principe coll'ordinanza di Moulins, del 1566, art. 59, accordò un'azione *ai minori* per ripetere ciocchè avevan perduto e pagato ai giuochi di sorte, *senza però approvare*, ei dice, *queste specie di giuochi tra i maggiori di età.*

Finalmente colla dichiarazione di Luigi XIII del 30 maggio 1611 si disse: « Vietiamo a qualunque

« persona di tener bische o di riunirsi per giuocare
« alle carte o ai dadi, anche ai proprietarî deten-
« tori delle loro case, o inquilini di quelle, di
« ricevere coloro che terranno le dette bische, o
« giuocheranno ai detti giuochi, sotto pena di
« ammenda o di altra punizione, se occorra, e di
« essere in loro proprio e privato nome risponsabili
« della perdita de' danari che si sarà fatta, e te-
« nuti alla restituzione di essi. Ingiungiamo ai giu-
« dici di visitare le case in cui avranno avuto no-
« tizia di esservi bische e riunioni, di arrestare
« coloro che vi si troveranno riuniti, ed imposses-
« sarsi del loro danaro, anelli, gioie ed altre cose
« esposte al giuoco, distribuendo o facendo distri-
« buire i danari ai poveri degli ospedali, ec. ec. ».

Il decreto del registro di questa dichiarazione pronunzia la *nullità* delle promesse fatte pel giuoco, ed ordina che non si ammettesse alcuna azione per simili promesse.

107. La giurisprudenza de' parlamenti ammise anche costantemente la pruova testimoniale per determinare che la causa di una promessa o di una dichiarazione era il giuoco e non quella che vi si trovava falsamente espressa; ed in conseguenza l'obbliganza fu sempre dichiarata nulla allorchè potevasi provare. L'ordinanza del 1629, co' suoi art. 138 e 140 derogava espressamente su tal riguardo all' ordinanza di Moulins la quale dichiarava che non sarebbe ammessa alcuna pruova testimoniale *contra il contenuto negli atti*, disposizione riprodotta nel-

l'ordinanza del 1667, e nell'art. 1341 c. c. = *1295 ll. cc. V.* a tale oggetto quanto fu da noi detto parlando della *causa* delle obbligazioni, nel tomo X, n.° 370, e della *pruova testimoniale*, nel tomo XIII, n.° 332 (1).

108. *V.* anche circa alle pene prescritte contra coloro che tengono case di giuoco di sorte, o lotterie non autorizzate dalla legge, l'art. 410 c. pen. = *318 ll. pen.*; e rispetto a coloro che hanno stabilito o tenuto nelle strade, cammini, piazze o luoghi pubblici, giuochi di lotteria o altri giuochi di sorte, gli art. 475 e 477 c. pen. = *461 a 465 ll. pen.*

109. La legge, come dicemmo, non accorda alcuna azione per un debito di giuoco o pel pagamento di una scommessa; in modo che quando anche il convenuto fosse contumace, il tribunale non dovrebbe condannarlo, poichè da una parte non vi è azione contro di lui, ed in secondo luogo, poichè anche nel caso in cui il convenuto fosse contumace, le conclusioni dell'attore non dovrebbonsi ammettere se non quando sembrino giuste e ben verificate (art. 150 c. pr. = *244 ll. pr. civ.*): or generalmente non può ciò dirsi di una domanda fondata sul giuoco, poichè la legge non riconosce

---

(1) *V.* anche l'arresto della Corte di cassazione del 29 dicembre 1814 (*Sirey*, 1816, 1, 212); la decisione della Corte di Limoges del 2 giugno 1819 (*Sirey*, 1821, 2, 17); e quella della Corte di Lione del 21 dicembre 1822 (*Sirey*, 1823, 2, 103), tutte le quali decisioni ammisero la pruova ed annullarono le obbliganze.

per questa domanda una causa valida; essa neanche dev' essere chiamata, esser posta a ruolo.

110. Il Codice al pari del roman Dritto e delle antiche ordinanze, fa tuttavia eccezione pe' giuochi proprî ad esercitare al maneggio delle armi, alle corse a piedi o a cavallo, o di carri, il giuoco della palla ed altri di tal natura, che contribuiscono alla destrezza ed all'esercizio del corpo. Colui che ha vinto ad uno di questi giuochi ha un'azione per ottenere la somma o la cosa che formò l'oggetto del giuoco; art. 1966 c. c. = *1838 ll. cc.* Era di pubblico interesse non privare di qualsivoglia emulazione coloro che si danno a giuochi proprî ad aumentare la forza, la destrezza, l'agilità del corpo, ciò che procura allo stato soldati più robusti e più destri (1).

111. Nondimeno il tribunale può rigettare la domanda, qualora la somma gli sembri eccessiva; *ibid.*: perchè allora le parti non considerarono il giuoco come un mezzo da provare la loro destrezza, e di procurarsi un lodevole esercizio, ma come un mezzo da fare un illecito guadagno. Laonde la legge non lascia ai tribunali la facoltà di moderare

---

(1) Fu più volte giudicato che il giuoco del bigliardo non dovesse considerarsi come uno di quei giuochi pe' quali il Codice fa eccezione alla regola di non accordarsi dalla legge alcuna azione per un debito di giuoco o per un pagamento di una scommessa. *V.* in ispecie la decisione della Corte di Poitiers del 4 maggio 1810 (*Sirey*, 1810, 2, 367); quella della Corte di Grenoble del 6 dicembre 1823 (*Sirey*, 1824, 2, 319); quella di Mompellieri del 4 luglio 1828 (*Sirey*, 1829, 2, 106); e finalmente quella della Corte di Angers del 13 agosto 1831 (*Sirey*, 1832, 2, 270).

la domanda; gli lascia soltanto la facoltà di rigettarla, qualora non possa ammetterla perchè gli sembri eccessiva; diversamente il contratto verrebbe da esso fatto, lo che sarebbe contrario a tutte le regole.

112. E per estimare se la dimanda sia oppur no eccessiva, il giudice dee prendere in considerazione i beni e la condizione delle parti, giacchè ciocchè sarebbe un giuoco eccessivo per alcune persone potrebbe non esser tale rispetto ad altre infinitamente più ricche: il tal giuoco fatto da principi potrebbe sembrare moderato, mentrechè giuocato da due persone di classe inferiore nella società, potrebbe esser riguardato come eccessivo.

113. Ma *quid* se il perditore sia assai ricco, e chi vince lo sia poco, nel caso in cui la somma giuocata sia per sè stessa eccessiva? Crediamo volentieri che il giudice in simil caso dovrebbe rigettare puramente e semplicemente la domanda, attesochè il contratto di giuoco è commutativo, e subitochè una delle parti, se avesse perduto, non avrebbe dovuto esser condannata a pagare, non deve, perchè ha guadagnato, ottener la somma convenuta. Se non si espose all' evento di perdere, neanche deve correr quello di vincere; diversamente il contratto sarebbe senza causa bastante, e cesserebbe di essere interessato da entrambe le parti. Il vincitore altronde è biasimevole di aver giuocato una somma che forse non avrebbe potuto pagare, o che non avrebbe potuto pagare se non con qualche grave sacrifizio.

114. E se il giuoco fosse stato eccessivo, il tri-

bunale, a creder nostro, potrebbe ugualmente rigettare la domanda, sebbene fosse inferiore alla somma perduta, avendo temuto il vincitore, facendola, che non fosse rigettata per motivo di eccesso, ed avendola per tale ragione ridotta; imperocchè il giuoco non fu meno illecito, non avendo per oggetto l' esercizio del corpo, ma di procurare un guadagno; si giuocò dunque contro il voto della legge. Che mai risulta dalla riduzione della domanda? Una rimessione di parte di un'azione che il tribunale avrebbe potuto rigettare per eccesso, e non altro.

115. Del resto il perdente non può in verun caso, cioè o che si tratti di un giuoco pel quale la legge non accorda azione, o che si tratti di un giuoco da essa eccettuato, ripetere quanto avesse volontariamente pagato; purchè per parte del vincitore non siavi stato dolo, soverchieria o truffa; art. 1967 c. c. = *1839 ll. cc.*

In fatti la ripetizione è vietata perchè colui che ha pagato si è creduto astretto a farlo per onore, e per non mancare alla sua parola; *nam grave est fidem fallere.* Ma non intese pagare che nella supposizione di aver realmente perduto: or se sia stato ingannato, non ha realmente perduto; ha pagato dunque una cosa che non doveva, nè per ragione del contratto di giuoco, nè per alcun altro motivo. In conseguenza può ripetere ciocchè fu da lui in tal modo indebitamente pagato.

Ma siccome ogni pagamento suppone un debito

(art. 1235 c. c. = *1188 ll. cc.*), spetterebbe a lui il provare che ha pagato, se il pagamento venisse negato dall' altra parte; e siccome la frode non si presume, e debb' essere provata da colui che l' allega (art. 1116 c. c. = *1070 ll. cc.*), spetterebbe anche a lui provare che vi sia stata da parte dell' avversario dolo, soverchieria o truffa; giacchè su di ciò sarebbe fondata la sua azione di ripetizione.

116. Devesi forse riguardare come un pagamento eseguito volontariamente, il fatto di mettere la posta sul tavolino o in mano di un terzo, prima del giuoco, in modo che nel caso in cui il perditore riprendesse il danaro da lui posto al giuoco, o che il terzo di suo proprio moto, o ad istanza del perdente, non volesse consegnare al vincitore la somma perduta, costui nella prima ipotesi avrebbe azione contra il perdente, e nella seconda azione contra il terzo?

A creder nostro, l'azione contro il terzo sarebbe ben fondata, perchè è un deposito, un sequestro convenzionale a lui fatto, sotto una condizione, egli è vero, ma una condizione che si è verificata. Per effetto della vincita della partita la somma è divenuta all' istante di proprietà del vincitore, ed il terzo negando di consegnargliela, riterrebbe la cosa altrui, e se la desse al perdente, gli darebbe una cosa che più non apparteneva a costui, supponendo altronde di non essersi commessa alcuna frode dal vincitore. La Corte d' Angers con decisione

del 22 febbraro 1809 (*Sirey* , 1809 , 2 , 244) ben giudicò , è vero , nel caso di una scommessa ed in cui gli scommettitori si erano reciprocamente fatti una obbliganza, la quale era stata consegnata ad un terzo , che la consegnazione della dichiarazione di debito del perdente al vincitore, senza il consenso del primo , non era un pagamento nel senso dell'art. 1967 c. c. = *1839 ll. cc.* , il quale per conseguenza dovesse far ostacolo alla ripetizione; ma siccome si trattava di una dichiarazione di debito, e questa ancorchè fosse stata consegnata dal perdente stesso al vincitore, non sarebbe stato men nulla per mancanza di causa lecita , la Corte non giudicò male decidendo che colui che avea perduto poteva negarsi di pagarne il valore , e ripetere la dichiarazione medesima. Ma il caso in cui si fosse consegnata una somma di danaro tra le mani di un terzo ci sembra diverso , giacchè è questo un pagamento anticipato , sotto condizione , è vero , ma sotto condizione che si è verificata.

Debbesi dir lo stesso , a creder nostro , nel caso in cui le parti abbiano posto danaro sul tavolino , ed il perdente lo riprenda subito dopo perduta la partita, allorchè non vi sia stato alcuna frode o soverchieria da parte del vincitore. Non devesi considerare ciocchè si è posto al giuoco come una semplice promessa di pagare la somma giuocata, in caso di perdita , in modo che ciascuno de' giuocatori sarebbe ancor proprietario della sua posta, finchè non ne avesse fatto l'abbandono al vincitore

con una nuova dichiarazione, e che costui non avesse in tal modo che un semplice credito di giuoco, il quale generalmente non produce azione. Per lo contrario ciocchè si è posto al giuoco è un pagamento fatto in caso di perdita, o un abbandono condizionale, e per conseguenza essendo il vincitore divenuto proprietario della posta vincendo la partita, subitochè il perdente ritira la posta, egli prende una cosa che non è più sua. L' azione per fargliela restituire non è un' azione per debito di giuoco, ma un' azione di proprietà. Il Codice, è d' uopo osservarlo, non vieta il giuoco, come faceva l' antica giurisprudenza; si limita a negare per regola un' azione per domandare il pagamento di un debito di giuoco, lo che è ben diverso; e negando quest' azione, ebbe in mira il giuoco sulla parola, le promesse fatte per causa di giuoco: or qui non si tratta di una promessa avente per causa il giuoco, ma di una quistione di trasferimento di proprietà. La mutua tradizione fu fatta fin dal principio, sotto la condizione di vincere, e subitochè questa condizione si trova verificata, il vincitore è divenuto all' istante medesimo proprietario della cosa perduta. Se il perdente si avesse ripreso la cosa del vincitore nel dì vegnente dopo la perdita, certamente niuno gli negherebbe l'azione per farsela restituire: perchè dunque non sarebbe così nel caso in cui la riprendesse subito dopo perduta la partita? Non se ne comprende la ragione. In somma mettendo la sua posta sulla tavola, ne ave-

va fatto l'abbandono; vero è che lo aveva fatto sotto condizione, ma sotto una condizione che si è verificata, e riprendendo il danaro che aveva messo al giuoco, ha ripreso una cosa che si trovava allora esser cosa altrui: può esser dunque obbligato a restituirla. Mentrechè se avesse giuocato sulla sua parola, se gli si fosse prestato fede, la legge, pei motivi che dettarono le sue disposizioni sul giuoco, avrebbe negato qualunque azione al vincitore. Il fatto di riprendere la posta dopo di averla perduta, è una furfanteria, poichè il giuocatore tentava di avere ciocchè erasi posto dall' altra parte; egli adunque può essere astretto a restituirla. Se fosse in diverso modo, i giuochi pubblici legalmente autorizzati non presenterebbero che scene di frode e di disordine.

117. Siccome colui che non può alienare, non può per regola generale fare in valido modo un pagamento (art. 1238 c. c. = *1191 ll. cc.*), da ciò emerge che il minore il quale ha pagato un debito di giuoco può domandare la somma o la cosa pagata. A tal riguardo non devesi fare alcuna distinzione tra il caso in cui fosse un debito di giuoco del suo autore, e 'l caso in cui fosse suo proprio, nè tra il caso in cui fosse emancipato e 'l caso contrario: anche nella prima ipotesi, non aveva la capacità di fare tal pagamento, e supponendo altresì che lo avesse fatto coll'assistenza del suo curatore, potrebbe ripeterlo, in virtù degli art. 1238,

*

484, e 1305 c. c. = *1191, 407 e 1259 ll. cc.*, esaminati ed insiem combinati.

118. Colui che è sottoposto all' assistenza di un consulente giudiziario, per debolezza di mente o prodigalità, neanche può pagar validamente un debito di giuoco, e per conseguenza può ripetere ciocchè fu da lui pagato a tal titolo.

119. Convien dire altrettanto della donna maritata, ammenochè non abbia pagato coll' autorizzazione del marito, oppure non fosse separata di beni; giacchè la moglie separata di beni può disporre de' suoi beni mobili ed alienarli; art. 1449 c. c. = *1413 ll. cc.* In verità ella non può, a parer nostro, farne donazione tra vivi, senza essere debitamente autorizzata, ma il pagamento di un debito di giuoco non può considerarsi come una donazione, poichè altro non è che l'esecuzione di un contratto a titolo oneroso, di un contratto interessato da una parte e dall'altra, perfettamente commutativo.

CAPITOLO III.

Del contratto vitalizio.

SEZIONE IX.

Delle condizioni richieste per la validita del contratto vitalizio.

SOMMARIO

120. *Che cosa sia il contratto vitalizio.*

121. *Questo contratto è essenzialmente aleatorio.*

122. *La rendita vitalizia può essere anche costituita per donazione tra vivi o per testamento.*

123. *Allora l' atto deve riunire le formalità richieste per gli atti contenenti donazione, o pe' testamenti.*

124. *La rendita in questi casi è riducibile se ecceda la quota disponibile.*

125. *Come si effettui la riduzione : diversi casi.*

126. *Altro caso.*

127. *Ed è nulla se sia stabilita a vantaggio di una persona incapace di ricevere dal costituente.*

128. *La rendita può essere costituita sopra la vita di una persona diversa da quella che avrà il dritto di goderne.*

129. *In tal caso, ed eccetto clausola in contrario, generalmente non si estingue colla morte del creditore, ma soltanto colla morte del terzo.*

130. *Puossi ancora costituire la rendita sulla vita del debitore.*

131. *La rendita vitalizia donata o legata per alimenti, e costituita sulla vita di un terzo, si estinguerebbe colla morte del creditore.*

132. *È indifferente che il terzo sulla cui vita fu costituita la rendita a titolo grutuito, sia oppur no capace di ricevere dal costituente.*

133. *La rendita vitalizia può essere costituita sopra più vite del pari che sopra una sola; se lo sia sulla vita di molti individui che*

non hanno alcun dritto di goderne, sussiste per intero sino alla morte di tutte queste persone, eccetto clausola in contrario.

134. *Qualora sia costiuita sopra più persone che ne hanno somministrato il prezzo, ed a loro vantaggio, essa si riduce alla morte di uno de' creditori, eccetto clausola contraria; controvertito, e arresto in un senso opposto.*

135. *Continuazione, e caso di una rendita donata o legata a molte persone per goderne successivamente a misura che ciascuno di essi morisse.*

136. *Colui che muore prima di due individui che somministrarono in comune il prezzo della rendita, e che convennero di doversi questa continuare per intero a favore del superstite di essi, non si reputa generalmente di averne fatto un vantaggio all' altro; sotto tal riguardo è puranche un contratto aleatorio.*

137. *La rendita vitalizia può essere costituita a vantaggio di un terzo, sebbene il prezzo sia somministrato da altra persona.*

138. *E l'atto non è perciò soggetto alle formalità degli atti contenenti donazione, ma il terzo dev' essere capace di ricevere da colui che somministra il prezzo della rendita.*

139. *Diversi casi in cui la costituzione ha luogo a favore di un individuo diverso da quello che somministra il prezzo. Essa è irrevocabile allorchè il terzo ha dichiarato di volerne profittare.*

140. *Ma l'accettazione non è soggetta ad alcuna formalità speciale, sebbene la costituzione abbia in tal caso la natura di una liberalità.*

141. *Altro caso in cui la rendita sia costituita a vantaggio di persona diversa da quella che ne somministra il prezzo.*

142. *L' incapacità del terzo di ricevere da quello che ha somministrato il prezzo, non può allegarsi dal costituente o debitore della rendita; conseguenza.*

143. *Non avvi contratto di rendita se la persona su la cui vita venne costituita fosse morta nel giorno del contratto.*

144. Quid *se in questo caso colui che somministrerà il prezzo della costituzione sapeva al tempo del contratto che la persona era morta?*

145. *Antinomia tra l' art. 1974 c. c. e l' art. 365 c. com.*

146. *Il contratto vitalizio è similmente nullo se la persona sulla cui vita venne costituito sia morta nei venti giorni dalla data dell' atto della malattia che soffriva al tempo del contratto.*

147. *A carico di chi sia la pruova, in caso di controversia.*

148. Quid *se la persona sulla cui vita venne costituita la rendita sia una donna ch' è morta nei venti giorni per effetto di parto?*

149. Quid *se la persona sia quella da cui fu somministrato il prezzo della rendita e che deve goderne?*

150. *E se la rendita sia stata costituita sulla vita di molte persone, una delle quali sia morta, entro i venti giorni dal contratto, della malattia da cui era afflitta al tempo del contratto medesimo?*

151. *E* quid *finalmente se nel suddetto caso l' atto sia in iscrittura privata senza data certa?*

152. *La rendita può costituirsi secondo la quantità che piace alle parti di determinare.*

153. *Ma il contratto non deve celare un mutuo usurario: conseguenza.*

154. *Puossi accoppiare il contratto vitalizio ad una rendita costituita in perpetuo.*

155. *La misura secondo la quale venisse costituita la rendita vitalizia potrebbe dimostrar chiaramente che la costituzione contiene una liberalità.*

156. *Applicazione dell' art. 918 al caso di costituzione di una rendita vitalizia.*

157. *Errore di Pothier, il quale in tutti i casi non considerava il contratto vitalizio che come un contratto meramente unilaterale, e sempre come un contratto* reale.

158. *Qual dritto attribuisce all' usufruttuario l' usufrutto di una rendita vitalizia.*

159. *Le rendite vitalizie possono consistere in derrate del pari che in danaro.*

160. *Decreto che permette agli ospizî di prendere a rendita vitalizia, ed al dieci per cento al più, le somme appartenenti ai poveri che sono nei medesimi stabilimenti.*

120. Il contratto vitalizio è quello col quale una persona si obbliga verso una o più altre di pagare ad essa o a loro un' annua rendita, in danaro o in altra cosa, durante la vita di uno o di molti individui indicati nel contratto, per mezzo di una somma di danaro, o per una cosa mobile valutabile, o per un immobile; art. 1968 c. c. = *1840 ll. cc.* esaminato.

È dunque una compra della rendita, sebbene, come si vedrà in appresso, non tutte le regole della vendita si applichino a questo contratto.

121. Del resto, come più sopra il dicemmo, questo contratto è essenzialmente aleatorio, e l'evento del lucro o della perdita esiste per ciascuna delle parti, secondo un incerto avvenimento. In fatti se la persona sulla cui vita vien costituita la rendita viva lungamente; e per conseguenza se debba pagarsi la rendita per molti anni, vi sarà un vantaggio per colui che gode la rendita, che avrà in tal modo esatto in varî anni maggior valore di quello da lui dato per avere la rendita, comprendendovi anche gl' interessi ordinarî che avrebbe potuto produrre quest' ultimo valore. Al contrario se questa persona muoia poco tempo dopo il contratto, il godente non avrà avuto che poche annualità per un valore molto più considerevole da lui dato. E nel primo caso chi ha costituito la rendita avrà evidentemente perduto, mentrechè nel secondo avrà al contrario evidentemente guadagnato.

È questo adunque un contratto interessato dall'una e l'altra parte, veramente commutativo, nel quale l'evento del guadagno cui è esposta ciascuna parte è o vien reputato l'equivalente di ciocchè dà o deve dare dal suo canto, e per conseguenza nel quale il rischio a cui fu anche esposta è o vien reputato il prezzo del lucro che può ritrarre dal contratto.

122. Ma la rendita vitalizia non si costituisce

soltanto a titolo oneroso; può altresì esser costituita a titolo semplicemente gratuito, per donazione tra vivi o per testamento (art. 1969 c. c. = *1841 ll. cc.*), ed è chiaro che quando lo sia per testamento, non è più un contratto, ma un semplice legato.

Allorchè lo sia per donazione tra vivi, è pure, a creder nostro, un *contratto*, non ostante la denominazione di *atto* che l'art. 894 c. c. = *814 ll. cc.* attribuisce alla donazione tra vivi (1); ma questo contratto non deve porsi nella classe de' contratti aleatorî (a), i cui effetti, circa all'avento del lucro o della perdita *per ciascuna parte*, dipendono da

—

(1) *V.* circa a tale denominazione quanto fu da noi detto trattando *delle donazioni tra vivi*, nel tomo VIII, n.° 13 e seguenti.

(a) In dritto si è disputato se gli annui legati dovessero riputarsi per puri, o condizionali, e nella legge 4 ff. *de annuis legatis* si riconobbe in tali legati una condizione; *videri enim hanc inesse conditionem si vivat, et ideo, mortuo legatario, ad heredem legatum non transire.* Quindi i giureconsulti romani per dare un valore capitale ad un legato alimentario indefinito, nella detrazione della *Falcidia* colla legge 68 ff. *ad leg. Falcid.* computarono con diverse gradazioni la vita dell'uomo sino agli anni sessanta, e da questo calcolo stabilirono la regola per la valutazione del legato, che nella giurisprudenza si estese al valore in proprietà delle annue prestazioni. Nelle stipulazioni però, sebbene si trattasse di annua prestazione, si ha sempre per unica e perpetua, ai termini della legge 16 ff. *de verb. oblig.* dove dicesi: *stipulatio hujusmodi in annuos singulos una est, et perpetua.* Questo principio si è sempre ritenuto nella giurisprudenza, ed il Gotofredo nella detta legge 4 ff. *de annuis legatis* avvertì: *non est ita in stipulationibus, quæ in annuos singulos concepta, una est.* Si osservino Donello, *de jure civili lib. 8 cap. 24 n. 18 a 20*, e Brunemanno sulla cennata legge 68 ff. *ad leg. Falc.*, non che la decisione della nostra Corte Suprema di giustizia dei 22 agosto 1826 nella causa tra *Ferrante* e *Ferrante.* Trad.

un incerto avvenimento, giacchè pel donante non vi è alcuna probabilità di lucro, nè trovasi esposto ad alcun pericolo di perdita; soltanto la sua liberalità sarà più o meno considerevole ne'suoi risultamenti; ma non puossi in ciò ravvisare una perdita, perchè ciocchè si dona non devesi considerare come una *perdita*. Il donatario evidentemente ancora va esposto a minor rischio di perdere, e il maggiore o minor numero di annualità che ei riceverà neanche devesi considerare come un *evento* di guadagno; è soltanto il beneficio che viene a lui conferito, il quale beneficio sarà più o meno considerevole, secondo il caso, e non altro.

123. Del resto la rendita costituita a titolo di donazione o per testamento, è soggetta circa alle formalità alle medesime regole che sono prescritte per le donazioni tra vivi e pe' testamenti in generale (*ibid.*), poichè in fatti ciò non è altro che una donazione o un legato.

124. Costituita per uno di siffatti titoli è soggetta a riduzione se ecceda la quota di cui era permesso al costituente di disporre: e nulla se sia fatta a favore di persona incapace di ricevere dal costituente; art. 1970 c. c. = *1842 ll. cc.*

Nel caso di eccedenza, l' art. 917 c. c. = *833 ll. cc.* accorda agli eredi a favore de' quali la legge fa una riserva, la scelta o di eseguire la disposizione, o di fare l' abbandono della proprietà della quota disponibile.

Si volle con tal mezzo prevenire, per quanto sia possibile, l'estimazione di questi dritti il cui valore è indeterminato, per ragione dell' incertezza della loro durata; quindi la medesima disposizione può applicarsi al caso del legato o donazione di un dritto di usufrutto, il quale, nella mente degli eredi cui spetta la riserva, eccedesse ciò di cui il defunto poteva disporre. Il legatario o donatario della rendita vitalizia o dell' usufrutto non può dolersi dell' espediente adottato da questi eredi, abbandonandogli in proprietà la quota disponibile, giacchè il defunto non poteva disporre di altro che di questo; e gli eredi medesimi non potevano bramare altro che la scelta loro accordata, poichè se il donatario o il legatario sia una persona di età ed inferma, il loro interesse gl' indurrà ad eseguire la disposizione secondo il suo tenore, e nel caso contrario, a fare l'abbandono di ciocchè il defunto poteva disporre.

125. Diciamo di essersi voluto prevenire, *per quanto sia possibile*, la estimazione di questi dritti; ed in fatti non potrà in tutti i casi evitarsi simile estimazione, almeno tra i diversi legatarî o donatarî. Si supponga che una persona col suo testamento abbia fatto molti legati a diversi individui; che questi legati alcuni sieno in proprietà, altri in usufrutto, e finalmente altri di rendite vitalizie, e che gli eredi ai quali la legge accorda una riserva pretendano che siasi ecceduta la quota disponibile: in tal caso siccome, ai termini dell'art.

926 c. c. = *843 ll. cc.*, la riduzione deve cadere indistintamente sopra tutti i legati, nella proporzione del loro valore rispettivo, senza distinzione tra i legati a titolo universale e i legati a titolo particolare, sarà d'uopo, se le parti non si accordino, estimare ciocchè possano valere le costituzioni di usufrutto e di rendite vitalizie, a fin di ridurre poscia, se occorra, tutti i legati, in proporzione del loro rispettivo valore.

Ammettiamo, per esempio, che il disponente abbia lasciato tre figli ed un patrimonio di centomila franchi, dedotti tutti i debiti, oppure non gravato di alcun debito. Egli ha legato a Paolo una casa del valore di 15,000 fr.; a Giovanni un giardino del costo di 6,000 fr.; a Pietro l'usufrutto di un fondo che valeva 16,000 fr., ed a Giacomo una rendita vitalizia di 600 fr. annui. Egli non poteva disporre che del quarto de' suoi beni, o di 25,000 fr. I figli non vogliono, come è ragionevole, eseguire queste disposizioni in tutta la loro estensione, pretendendo che siasi ecceduta la quota disponibile, e che per conseguenza vi sia luogo a riduzione; ma questa riduzione, come si è detto, deve cadere sopra tutti i legati indistintamente, *pro rata*, cioè in proporzione del loro rispettivo valore. Come procedere? I figli possono mai nella specie, dopo aver fatto estimare contraddittoriamente con tutti gl'interessati, la casa ed il giardino, abbandonare al legatario dell' usufrutto ed a quello della rendita vitalizia i 4,000 fr., i quali col legato della casa

e il legato del giardino formano la quota disponibile, salvo ai diversi legatarî di accomodarsi tra loro come meglio crederanno? Ma il dubbio rimarrebbe sempre lo stesso; converrebbe fare una estimazione del valore del legato in usufrutto e del legato di rendita vitalizia, per vedere in ultima analisi ciocchè spetta a ciascuno de' quattro legatarî.

Se nella specie non esistesse il legato in usufrutto, e la rendita vitalizia fosse tale da sembrare agli eredi di eccedere, col legato della casa e con quello del giardino, la quota disponibile, e questi medesimi eredi per dispensarsi di eseguire la disposizione riguardante la rendita vitalizia, volessero abbandonare a quello al quale fu legato, l'avanzo della disponibile, si dovrebbe esaminare se i legatarî della casa e del giardino potrebbero, ritenendo per sè stessi questo avanzo, offrire al legatario della rendita vitalizia di pagargliene le annualità in vece degli eredi. Potrebbesi rispondere, contro la loro dimanda, che ciò sarebbe dare al legatario della rendita debitori diversi da quelli che aveva, e che un creditore non è obbligato di ricevere un altro debitore in vece del suo; la novazione effettuata col cangiamento del debitore, al pari di ogni altra novazione, dev'essere l'effetto di un atto meramente volontario da parte del creditore. Nulladimeno in tal caso particolare, se questi legatarî della casa e del giardino dessero a quello della rendita vitalizia altrettanta sicurezza che glie-

ne presentava la disposizione del testatore, sia per riguardo dell' ipoteca, sia per ogni altro riguardo, crediamo che la loro offerta potrebbe essere accolta. Se non la facessero, o se venisse rigettata, converrebbe allora stimare i diversi legati per ridurli tutti alla misura convenevole, ed a tale oggetto stimare ciocchè potrebbe valere la rendita vitalizia. A quest' uopo si avrebbe riguardo all' età della persona sulla vita della quale venne costituita, e alla circostanza ancora che questa persona fosse in buona salute o inferma; e se si stimasse, per esempio, valer la rendita 12,000 fr., la riduzione si farebbe in proporzione di tal valore, confrontato con quello degli altri legati.

126. Ecco un altro caso in cui si dovrà necessariamente estimare anche il valore della rendita vitalizia per procedere alla riduzione. Una persona fece donazione ad un' altra con atto tra vivi di una rendita vitalizia, per esempio di 1,000 fr. Di poi questa persona fece altre donazioni tra vivi, o in proprietà o in usufrutto, o anche in rendite vitalizie, e di più col suo testamento lasciò varî legati: gli eredi ai quali la legge accorda la riserva pretendono che tutte queste donazioni riunite eccedano la quota disponibile. Se ciò sia, la riduzione deve dapprima cadere sui legati, ed in caso di insufficienza, sulle donazioni, cominciando dalle più recenti, e risalendo successivamente alle più antiche (art. 923 c. c. = *840 ll. cc.*). Ma i legatarî ed i donatarî sui quali gli eredi vogliono far ca-

dere la riduzione sostengono che non debbasi farla, o che debba essere di una quota minore di quella pretesa dagli eredi, atteso il poco valore, secondo essi, della rendita vitalizia donata in primo luogo. In fatti se questa rendita non esistesse, o fosse di un valore poco importante, non si dovrebbe fare, essi dicono, alcuna riduzione, perchè il defunto non avrebbe ecceduto colle altre sue liberalità la quota di cui la legge gli permetteva disporre. In questo caso ancora convien dunque evidentemente estimare tale rendita, per vedere se le liberalità posteriori debbano ridursi, e di quanto.

Vi sarebbe solamente ad esaminare se in questo caso, del pari che in quello in cui la riduzione cadesse sulla rendita medesima, si dovesse considerare il valore che poteva aver questa rendita al tempo che fu costituita, avuto riguardo all'età ed allo stato di salute in quell'epoca della persona sulla quale venne costituita; oppure se si dovesse semplicemente stare al valore attuale, il quale dev'esser meno per ragione dell'età più avanzata di questa persona, o delle infermità sopraggiuntele dopo la costituzione. Noi saremmo più propensi per quest' ultimo espediente, per la ragione medesima che ci farebbe sostenere che nel calcolo della porzione disponibile non dovrebbesi avere alcun riguardo a questa rendita se si fosse estinta in vita del donante. Non più sussistendo un tal peso a quell'epoca, ch'è quella in cui si fa luogo al dritto di riduzione a vantaggio degli eredi, non dovrebbe es-

sere di alcuna considerazione. Si dovrebbero al contrario considerare le annualità esatte dal donatario della detta rendita, precedentemente alla morte del donante, come frutti; e così in fatti il Codice, nel titolo *dell' usufrutto* (art. 588 c. c. = *513 ll. cc.*) considera le annualità di una rendita vitalizia. Ora o si tratti di collazione o successione (art. 856 c. c. = *775 ll. cc.*), o si tratti di riduzione per somministrare le riserve (art. 928 c. c. = *845 ll. cc.*), i frutti della cosa donata, e raccolti prima della morte del donante, non debbono nè conferirsi nè restituirsi.

127. Ciò è quanto riguarda la riduzione della rendita vitalizia, costituita a titolo gratuito, e che eccedesse la quota disponibile. Circa al caso in cui fosse stata costituita a vantaggio di un incapace a ricevere dal costituente, si applicano puranche le regole generali del titolo *delle Donazioni e de' Testamenti.* Faremo soltanto osservare che la rendita vitalizia costituita per alimenti a favore di un morto civilmente, viene autorizzata dallo stesso art. 25 c. c., il quale stabilisce le diverse incapacità degl' individui colpiti da morte civile.

128. Ordinariamente la rendita vitalizia è costituita sulla vita della persona che somministra il danaro, ma nulla impedisce di costituirla sulla vita di un terzo che non ha dritto alla rendita (art. 1971 c. c. = *1843 ll. cc.*): per conseguenza non potrebbeglisi fare in valido modo il pagamento delle annualità senza un'autorizzazione del creditore. Laonde è

importante di distinguere la persona sulla cui vità la rendita fu costituita, da quella che dee goderne. In mancanza di qualunque stipulazione in contrario, la rendita si considera sempre costituita sulla vita di colui che deve goderne. Tal sarebbe il caso in cui si dicesse: *Io, il tale, mi obbligo di pagare una rendita vitalizia di tanto al signor tale.* È come se io avessi detto che mi obbligava di pagargli questa rendita vitalizia sua vita durante.

Quindi posso benissimo stipulare una rendita vitalizia a mio favore, costituendola sulla vita del tale Sovrano, ciocchè presenta il vantaggio di dispensarsi dal produrre certificati di vita; ed in tal caso la rendita si estingue alla morte naturale del Principe sulla cui vita venne costituita.

129. Ma, eccetto clausola in contrario, non cessa colla morte del creditore; dev' essere continuata a' suoi eredi sino alla morte del Principe, poichè fu costituita sulla sua vita. La rendita vitalizia non è come il dritto d'usufrutto, il quale cessa in ogni caso per la morte dell' usufruttuario, ancorchè fosse stato convenuto fino a tanto che un terzo fosse giunto alla tale età, ed il terzo fosse ancor vivo e non fosse giunto a quella età al tempo della morte dell' usufruttuario. La ragione di differenza è che l' usufrutto è un dritto personale, il quale per conseguenza si estingue colla morte della persona (art. 617 c. c. = *542 ll. cc.*); mentrechè la rendita vitalizia non è tale che avuto riguardo alla vita della persona sui cui venne costituita. Laonde il dritto

di usufrutto si estingue per la morte civile dell'usufruttuario del pari che per la sua morte naturale *(ibid.);* esso non passa a' suoi eredi sino alla sua morte naturale; mentrechè la rendita vitalizia non si estingue per la morte civile del creditore, ma dev' essere continuata a' suoi eredi sino alla sua morte naturale (art. 1982 c. c. = *1854 ll. cc.*), o sino alla morte naturale del terzo sulla vita del quale fu costituita.

130. Per la medesima ragione puossi costituire la rendita vitalizia sulla vita del debitore, e ciò presenta pure al creditore maggior sicurezza che quando sia costituita sulla propria vita; e non sono a temersi inganni da parte del debitore, nè è a dubitare che costui, per liberarsi dalla rendita, affretti il momento preveduto per la estinzione di essa.

131. Del resto quando diciamo che la rendita vitalizia costituita sulla vita di un terzo non si estingue per la morte del creditore, ma soltanto per quella del terzo, intendiamo ciò, come abbiamo avuto cura di dirlo, senza pregiudizio di una convenzione contraria nel contratto di costituzione; imperochè se dai termini del contratto risulti di aver inteso le parti che la rendita non durasse se non per la vita del creditore, si estinguerà effettivamente per la costui morte; e la indicazione del terzo sulla vita del quale fu costituita sarebbe considerata come una causa speciale di estinzione, come inserita per qualche motivo particolare ai contraenti.

E converrebbe sostener lo stesso in tutti i casi in

cui la rendita stabilita a titolo gratuito dovesse considerarsi come a titolo di alimenti.

132. Dacchè il terzo sulla vita del quale fu la rendita costituita non ha alcun dritto di goderne, deriva che è indifferente che sia oppur no capace di ricevere dalla persona la quale somministra il capitale, prezzo della rendita, o che la costituisce a titolo gratuito; ed ancorchè fosse un morto civilmente, la costituzione non sarebbe men valida, se non sia nulla per altra causa.

133. La rendita vitalizia può essere costituita sopra la vita di una o di più persone; art. 1972 c. c. = *1844 ll. cc.*

E ciò tanto che queste diverse persone sieno terzi che non avranno alcun dritto alla rendita, quanto al contrario che sieno persone a vantaggio delle quali soltanto venga costituita. Ma qui si presenta la quistione se mai a morte di una di queste persone la rendita si estinguerà in parte, nel caso in cui non vi fosse clausola in contrario nell' atto di costituzione?

Tale quistione, a parer nostro, non può risolversi nel medesimo modo per tutti i casi di costituzione sopra più vite; conviene al contrario distinguere.

Laonde nel caso in cui, mediante un prezzo da me somministrato, stipulo a mio vantaggio una rendita vitalizia costituita sulla vita di Pietro e Paolo, ciocchè il Codice permette, la rendita, eccetto dichiarazione contraria nell' atto di costituzione, deve sussistere per intero sino alla morte dell' ultimo a

morire di essi Pietro e Paolo, perchè fu questa la intenzione delle parti. Indicando due persone in vece di una sola, il creditore della rendita volle aumentare l'evento della sua durata, e non dividere il contratto ne' suoi effetti a morte di una di esse.

Se si opponesse che le annualità di una rendita vitalizia non sono sempre dovute se non condizionatamente, cioè sotto la condizione della vita della persona o delle persone sulla vita delle quali la rendita fu costituita, e che subito che una di queste persone sia trapassata, la condizione non può più verificarsi per l'avvenire, risponderemmo che la conseguenza di tal ragionamento sarebbe che la rendita è totalmente estinta con siffatta morte, quando nulladimeno costituendola sulla vita di più persone, le parti intesero evidentemente che lo sarebbe soltanto alla morte di tutte queste persone. In fatti le condizioni copulative debbono tutte adempiersi, perchè abbia effetto l'obbligazione contratta sotto tali condizioni; l'adempimento di una di esse soltanto non può far dire che l'obbligazione deve eseguirsi in parte: essa rimane senza effetto per lo intero. Or nondimeno nella specie è evidente di non aver noi inteso che la rendita si estinguesse per la morte di Pietro o per quella di Paolo, poichè sarebbe stato inutile far menzione di ambedue; e nettampoco intendemmo che fosse ridotta poichè non se ne fece parola nell'atto di costituzione: ma al contrario è come se si fosse detto: finchè Paolo

o Pietro esisterà, voi mi pagherete la rendita; giacchè una rendita ridotta a metà non sarebbe più certamente la rendita che fu dalle prime stabilita, poichè la parte non è lo stesso che il tutto.

134. Ma quando due persone che somministrano in comune il prezzo della costituzione della rendita la costituiscano sulle loro vite e la stipulino a loro vantaggio, la morte di una di esse produce, a creder nostro, l'estinzione della rendita per metà, eccetto stipulazione in contrario, o clausola di riversibilità, clausola molto frequente nelle costituzioni fatte a vantaggio di due coniugi. Per esempio, se due coniugi si fanno costituire una rendita sulle loro vite, mediante una somma o un oggetto della loro comunione; o se Paolo e Pietro che hanno in comune la proprietà di una casa ne facciano l' abbandono a Giovanni, mediante una rendita vitalizia di 1,000 franchi a loro vantaggio, e costituita sulla vita di ambedue, o se somministrino ciascuno 5,000 fr. per farsi costituire una tale rendita, la morte di uno di essi, eccetto clausola contraria nell' atto, deve far estinguere questa rendita per metà. Essi sono l' uno e l' altro creditori della rendita, e ciascuno per metà, avendo ciascun di essi somministrato la metà del prezzo della costituzione. Or quando una cosa divisibile sia dovuta a due persone, senza solidalità, le regole stabiliscono che ne sia dovuta la metà soltanto a ciascuna di esse. È come se vi fossero due costituzioni di rendite, specialmente nell' ultimo caso. Mentrechè nella

specie precedente, in cui la rendita appartiene alla stessa persona che ne ha essa sola somministrato il prezzo, devesi credere che costituendola sulla vita di due individui estranei, sia stato intenzione delle parti che sussistesse per intero finchè queste due persone non fossero trapassate.

Nulladimeno su tal caso di una costituzione di rendita a vantaggio di due persone che ne somministrarono il prezzo, e costituita sulla vita di ambedue esse; Pothier non sembra essere del nostro parere. A creder suo, la rendita sussiste per intero sino alla morte di ambedue. Egli suppone (1), che un uomo maritato in comunione si abbia fatto costituire per se e per sua moglie una rendita vitalizia mediante un certo prezzo provveniente dalla sua comunione; che la moglie gli sia sopravvissuta ed abbia accettato la comunione, ciocchè per conseguenza la fa considerare come se avesse somministrato la sua porzione nella costituzione, ed opina che alla morte del marito la rendita dev'essere continuata per *metà ai suoi eredi*, e per l'altra metà alla moglie: egli non riduce la rendita a quest'ultima metà, come facciamo noi; e nondimeno la circostanza che nella specie da lui proposta la rendita sia stata stipulata dal solo marito senza il concorso di sua moglie, è del tutto indifferente; imperocchè la moglie col fatto si trova di aver somministrato la metà del prezzo della costituzione,

(1) N.° 241 e seg. del suo trattato *della Rendita vitalizia.*

avendo accettato la comunione, ed altronde il marito stipulando anche per lei, formava di ciò la condizione di una stipulazione fatta per sè stesso, nel qual caso la stipulazione per altrui è validissima; art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.* Laonde non sapremmo adottare l' opinione di Pothier su tal punto. A noi pare che a morte del marito la rendita sia estinta per la sua parte; la moglie non avrebbe il dritto di domandarla per intero se non quando nel contratto vi fosse clausola di riversione a suo favore.

Nondimeno fu giudicato il contrario dalla Corte di Agen nel 6 aprile 1827, e di poi dalla Corte di cassazione con rigetto del ricorso prodotto contra la decisione di Agen. Ecco in quale specie.

Nel 1812 i coniugi Thouzeau vendettero un immobile ai consorti Sacriste mediante una rendita vitalizia stipulata a vantaggio de' venditori. Il contratto non diceva che in caso di morte di uno dei godenti la rendita sarebbe ridotta alla metà, ma nettampoco diceva che dovrebbe continuare a pagarsi per intero al superstite.

Thouzeau, uno de' creditori della rendita, muore dopo non molto, e la sua vedova allora vuole esigere essa sola tutta la rendita. La vedova Sacriste, debitrice della detta rendita, le oppone che ha dritto alla metà soltanto; che ella non ebbe mai un dritto maggiore, e che la morte di suo marito, al quale apparteneva l' altra metà, non potè ridondare a suo vantaggio, ma piuttosto a vantaggio del debitore a

favor del quale la rendita dovette così cominciare ad estinguersi.

Sentenza del tribunale di Marmande, in data del 31 agosto 1826, la quale rigetta siffatta difesa, e dichiara che la vedova Thouzeau ha dritto a tutte le annualità arretrate della rendita come fu costituita, ed a tutte le annualità che andavano a scadere.

Appello per parte della vedova Sacriste, divenuta sola debitrice della rendita, e decisione della Corte di Agen che conferma pe' seguenti motivi: « Attesochè la rendita fu stabilita sotto l' impero del Codice civile; che la costituzione della rendita sopra molte vite venne preveduta dall'art. 1972 di questo Codice = *1844 ll. cc.*; che non v'è nel medesimo alcuna disposizione la quale ordini la diminuzione della rendita a seconda che si estinguano le vite; che le parti costituendo questa rendita, non fecero alcuna stipulazione a tal riguardo; che le annualità di questa rendita sono domandate contro la vedova Sacriste sol come aggiudicataria de' beni di suo marito; che il marito era debitore della intera rendita, e che sua moglie, quantunque figurasse nell' atto, non dovett' essere considerata che come mallevadrice; che del resto coll' art. 4 del quaderno delle condizioni, che servì di base all' aggiudicazione a favore della vedova Sacriste, fu imposto l' obbligo all' aggiudicatario di pagare alla vedova Thouzeau la rendita tal quale era stata stabilita coll' atto di costituzione; che quindi sotto

tutti questi diversi aspetti la vedova Sacriste è tenuta a pagare la totalità della rendita ».

Ricorso per cassazione prodotto dalla vedova Sacriste, per falsa applicazione dell'art. 1972 c. c.= *1844 ll. cc.*, e violazione, ella diceva, delle antiche regole sulla materia delle rendite vitalizie.

La Corte di Agen si è fondata sull'art. 1972, disse la ricorrente: or qual' è tale disposizione? unicamente questa: « Che la rendita vitalizia può costituirsi sopra più persone ». Non altro aggiunge: ma da ciò risulta che quando una cosa essenzialmente divisibile sia dovuta a due persone, la morte di una di esse faccia passare il dritto su questa cosa tutto intero alla persona superstite, allorchè le convenzioni delle parti tacciano su tal punto: dovere una cosa divisibile a due persone, è doverne metà a ciascuna di esse, e ciascuna di esse in fatti può domandare questa metà in suo particolar nome, e non può domandare altro; il suo dritto è del tutto indipendente dal dritto dell' altro creditore; può sussistere quando l' altro è estinto; ma sussiste in questo caso tal qual era; non riceve perciò nè estensione, nè limitazione. Si dirà forse che queste regole non sono applicabili alle rendite vitalizie? Ma perchè ciò? Ov' è mai la disposizione che autorizzà una eccezione a favore de' creditori di rendite vitalizie? Il Codice civile non dice una parola a tal riguardo. Il Dritto antico era favorevole alla teorica del ricorso (1); egli è certo che secondo questo Dritto

(1) Non secondo l' opinione di Pothier, almeno sul caso da noi riferito.

le rendite vitalizie costituite a vantaggio di due coniugi si estinguevano per metà a morte di uno di essi, eccetto convenzione in contrario; e poichè il Dritto nuovo non derogò nè esplicitamente nè implicitamente a queste regole, devesi dunque farne l'applicazione alle rendite stabilite dal Codice.

Queste ragioni però non prevalsero; il ricorso venne rigettato in questi termini: « La Corte, per ciò che riguarda il mezzo fondato sulla falsa applicazione dell'art. 1972 c. c. = *1844 ll. cc.* e la violazione degli antichi principî, i quali attribuivano al coniuge superstite la metà delle annualità delle rendite vitalizie costituite a vantaggio de'due coniugi, attesochè i canoni invocati dalla ricorrente eran fondati sulle disposizioni delle consuetudini che vietavano ai coniugi di vantaggiarsi (1), e che queste disposizioni proibitive furono derogate dall'art. 1094 c. c.; attesochè la rendita di cui si tratta essendo stata costituita sotto l'impero del Codice civile, la proprietà delle annualità di questa rendita dovette essere determinata in conformità del detto Codice; attesochè la decisione impugnata, giudicando che il creditore aveva dritto alla proprietà di tutte le annualità della rendita di cui si tratta, ha fatto una giusta applicazione dell'art. 1972 c. c. = *1844*

(1) Ma non era ciò che determinava Pothier, giacchè sebbene sostenesse che la rendita sussisteva per intero non ostante la morte di uno de' coniugi godenti, opinava che la metà delle annualità dovesse pagarsi agli eredi di questo coniuge, nelle consuetudini in cui non era permesso ad un coniuge di vantaggiar l'altro durante il matrimonio.

ll. cc. e degli art. 1973 e 1094 c. c. = *1845 ll. cc.* ec.; rigetta ».

Non è questo il nostro parere, e la Corte per essere conseguente dovrebbe giudicare allo stesso modo nel caso in cui la rendita fosse costituita sulla vita e a vantaggio di due persone diverse dai coniugi, e ciascuna delle quali avesse somministrata la metà del prezzo della costituzione; giacchè la ragione sarebbe assolutamente la stessa, e nondimeno è evidente che ciascuna di esse sarebbe creditrice soltanto della metà, come se in qualunque altro contratto avessèro stipulato una somma senza clausola di solidalità.

135. A tenore di quanto precede, nel caso in cui un individuo doni o leghi una rendita vitalizia a molte persone, devesi ben distinguere in quali termini sia conceputa la disposizione. Per esempio, se abbia detto semplicemente: Dono o lego ai coniugi N. . . . . . una rendita vitalizia di . . . . . , ciascun coniuge, a parer nostro, non ha dritto alla rendita che per metà; per conseguenza, ed in mancanza di qualsivoglia clausola di non doversi fare alcuna riduzione o darsi luogo a riversibilità, la rendita si riduce di pieno dritto alla metà a morte di uno di essi.

Ma se abbia detto: Dono o lego la tale rendita a Paolo per passare in morte di costui a sua moglie (o ad un terzo), la rendita appartiene per intero a Paolo, e dopo la sua morte per intero anche a sua moglie, se costui viva ancora. Vi sono

due costituzioni successive, e questa disposizione non ha la natura di sostituzione vietata per regola generale dall' art. 896 c. c. = *941 ll. cc.* Non vi è in ciò disposizione con peso di conservare e di restituire ad un terzo, giacchè Paolo è semplicemente *creditore* della rendita pel tempo durante il quale avrà il dritto di goderne, e non deve *conservarla* per restituirla a sua moglie; mentrechè nella sostituzione il donatario o legatario gravato di restituzione ha tutto il dritto, tutta la cosa donata o legata, ma col peso di conservarla per restituirla. Egli è un proprietario, e non un semplice creditore *ad tempus.*

136. Nel caso in cui due individui abbiano stipulato una rendita vitalizia a loro vantaggio, costituita sopra le loro vite, e somministrando ciascuno la metà del prezzo della costituzione, con clausola di non farsi riduzione nel caso di morte di uno di essi, o di riversibilità, generalmente non si potrebbe scorgere in tale clausola un vantaggio fatto dal trapassato a favore del superstite; la costituzione è un contratto aleatorio anche per questo riguardo, poichè l'evento di sopravvivenza era per l'uno come per l'altro.

Ma se i godenti sieno due coniugi che somministrarono il prezzo della rendita in effetti della loro comunione, e la moglie sopravviva o rinunzii alla comunione, siccome allora ella si trova di non aver somministrato alcun prezzo per la costituzione, la continuazione della rendita a suo favore sarebbe un

vero vantaggio che riceverebbe dal marito; il vantaggio sarebbe soltanto di metà se la rendita si fosse estinta per parte a morte di costui.

137. La rendita vitalizia può costituirsi a vantaggio di un terzo, benchè un altro ne abbia somministrato il prezzo; art. 1973 c. c. = *1845 ll. cc.*

138. In quest' ultimo caso, quantunque essa abbia le caratteristiche di una liberalità, non è però soggetta alle formalità richieste per le donazioni, ma va soggetta a riduzione, in caso di eccesso della disponibile, ed a nullità per incapacità del terzo a ricevere da colui che ne somministrò il prezzo; *ibid.*

139. Quindi io vendendo il mio fondo a Paolo, posso benissimo stipulare che oltre al prezzo convenuto pagherà a mia nipote una rendita vitalizia, di lei vita durante; è questo un caso preveduto dall' art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.*, il caso di una stipulazione per altri, che è la condizione di una stipulazione che io fo per me stesso. Posso altresì donando la mia casa a Paolo, apporvi la condizione che egli pagherà la tale rendita vitalizia a mia nipote, altro caso preveduto anche dal medesimo articolo. Avviene ancora spesse fiate che colui il quale somministra il danaro di una costituzione di rendita per sè, stipuli che dopo la sua morte la medesima rendita sarà pagata tutta o in parte ad un terzo indicato nel contratto.

In tutti questi casi, quando il terzo avrà dichiarato di voler profittare della stipulazione fatta a suo

favore, colui che ha fatto tale stipulazione non potrà più rivocarla (medesimo art. 1121); ma sino a quel tempo è in suo arbitrio il farlo, come risulta da questo articolo, e come lo abbiamo altronde dimostrato esaminandolo nel tomo X n.° 244 e seguenti.

140. Del resto in qualunque modo il terzo accetti la costituzione di rendita fatta a suo vantaggio, quest'accettazione è valida: sotto tal riguardo puranche il nostro art. 1973 c. c. = *1845 ll. cc.* dice che quantunque in questo caso la costituzione di rendita abbia le caratteristiche di una liberalità, non è però soggetta *alle formalità richieste per le donazioni:* talmentechè il terzo accetterebbe validamente ricevendosi soltanto una danda delle annualità della rendita.

141. La costituzione a favore di persona diversa da quella che somministra il prezzo sarebbe ugualmente valida quando anche non formasse la condizione di una stipulazione che quest' ultimo facesse per sè stesso, o di una donazione che facesse ad un altro, ma una stipulazione unica; per esempio, nel caso in cui io vi dessi la tale somma perchè vi obblighiate di pagare una data rendita a mia nipote sua vita durante, o per tutta la vita della tale persona. L' art. 1973 qui sopra citato non fa distinzione alcuna; la sua disposizione è generale, e per conseguenza rende senza applicazione quella dell' art. 1119 c. c. = *1073 ll. cc.*, il quale dice che generalmente niuno può obbligarsi o stipulare

nel suo proprio nome, fuorchè per sè medesimo.

142. Nel caso in cui il terzo a vantaggio del quale fu stipulata la rendita fosse incapace a ricevere da colui che ne ha somministrato il prezzo, il debitore non potrebbe per ciò negarsi a pagarla; questa incapacità è una cosa che non lo riguarda. Per conseguenza la rendita dovrebbe essere pagata a colui che ha somministrato il valore, o ai suoi eredi, sino al momento determinato col contratto per la sua estinzione, cioè sino alla morte del terzo, se fosse costituita sulla sua vita.

143. Essendo il contratto di rendita vitalizia un contratto aleatorio, è chiaro che non vi è *evento* di lucro o di perdita, e per conseguenza contratto, allorchè la persona sulla cui vita la rendita fu costituita fosse morta al tempo del contratto; la costituzione allora non può produrre alcun effetto; art. 1974 c. c. = *1846 ll. cc.* Per conseguenza quel che fu pagato come prezzo della costituzione puossi ripetere come pagato *sine causa.*

144. Non è ciò dubbioso nel caso in cui chi ha somministrato il valore della rendita ignorava al tempo della costituzione la morte della persona sulla cui vita la rendita venne costituita; giacchè il vizio di errore che qui cade sulla sostanza medesima del contratto lo rende nullo e dà dritto per conseguenza alla ripetizione di quanto fu indebitamente pagato come prezzo di questa costituzione; ma nel caso in cui conoscesse la morte del terzo, è chiaro che volle fare al costituente una liberalità della

cosa datagli per prezzo della costituzione. Or se da una parte questa liberalità non è valida sotto il riguardo della forma, in quanto che non furono osservate le formalità prescritte per la validità degli atti contenenti donazione, e specialmente che non vi si trovasse l'accettazione espressa; d'altra parte questa donazione diviene perfetta e rimane consumata colla tradizione reale del denaro che vien fatta al tempo del contratto: è una donazione manuale, e la donazione di tal natura, come fu da noi dimostrato trattando delle donazioni, nel tomo VIII, non han d' uopo di farsi con atti. Tuttociò che puossi conchiudere da quello che contiene la costituzione di rendita è che quest' atto sia nullo, per conseguenza è come se non esistesse. Ciò posto, il danaro pagato non puossi ripetere; ma senza pregiudizio dell' azione di riduzione degli eredi che han dritto alla riserva, se si fosse ecceduta la quota disponibile, ed anche dell' azione di restituzione per causa di nullità, se colui che lo ricevette era incapace di ricevere a titolo gratuito dalla persona da cui gli fu pagato.

Ciocchè noi diciamo, che questa persona non può domandare il danaro nel caso di cui si tratta, perchè ne abbia fatto una valida donazione manuale, vien confermato da quanto scrisse Pothier nel suo trattato *del Contratto di rendita vitalizia*, n.° 219 e seguenti. Egli suppone una rendita vitalizia costituita semplicemente alla misura ordinaria e legale dell' interesse, e dice che in tal caso il con-

tratto si reputa contenere una donazione fatta al costituente della somma di danaro da lui ricevuta, sotto la riserva del godimento di questa somma pel tempo che deve durare la rendita, e pel prezzo del quale godimento il costituente si obbliga a pagare la detta rendita; lo che è perfettamente vero; e Pothier soggiunge che essendo questa donazione di una somma di danaro, diviene perfetta e rimane consumata colla effettiva tradizione del danaro fatta al tempo del contratto; che non è necessario che l'atto sia conceputo nella forma delle donazioni, nè che sia insinuato, potendo farsi una donazione di danaro senza che se ne distenda atto, allorchè siavi tradizione reale di questo danaro. La costituzione della rendita non è la donazione medesima, ma il peso sotto il quale venne fatta la donazione al costituente, e l'atto non viene stipulato che per la pruova di tal peso. Or la ragione è la stessa nel caso di cui si tratta: la somma pagata per una costituzione di rendita vitalizia da colui il quale sapeva che la persona sulla cui vita era costituita la rendita non più esisteva a quell'epoca, è una vera liberalità come nel caso preveduto da Pothier: tutta la differenza consiste nell'essere più considerevole, poichè non dev'esser pagata alcuna annualità, ma questa differenza non influisce circa alla quistione se la donazione manuale sia valida, se sia oppur no soggetta a ripetizione; il vero si è che non vi è soggetta nè nell'uno, nè nell'altro caso. Nel nostro ancora la costituzione di rendita non è la do-

nazione, ma la tradizione delle monete costituisce effettivamente la donazione; l'atto di costituzione è soltanto un atto nullo, come simulato.

145. La disposizione del nostro art. 1974 c. c. = *1846 ll. cc.* la quale dichiara nullo ogni contratto di rendita vitalizia costituita sopra la vita di una persona che nel tempo del contratto già fosse trapassata, è in armonia con quella dell'art. 2056 c. c. = *1928 ll. cc.* il quale prescrive che la transazione fatta sopra una lite che fosse finita con sentenza passata in giudicato, è nulla se la sentenza ignoravasi dalle parti o da una di esse al tempo della transazione. Ed in fatti non eravi più incertezza sul dritto; or è dell'essenza delle transazioni d'intervenire sopra un dritto più o men dubbioso, *in rem dubiam.* Ma questa medesima disposizione non è in armonia con quella dell'art. 365 c. com. = *357 ll. ecc. com.*, la quale dichiara valido il contratto di assicurazione fatta dopo la perdita o l'arrivo delle cose assicurate, nel caso in cui sia certo che al momento della sottoscrizione del contratto, l'assicurato ignorava la perdita, o l'assicuratore l'arrivo delle cose. Qui evidentemente l'*opinione* de' contraenti e non il rischio forma la base del contratto, poichè non eravi più rischio al tempo in cui fu fatto; in effetti neanche ve n'era nel caso in cui le cose si trovavano già perite, e nettampoco ve n'esisteva nel caso in cui erano già arrivate. Non puossi spiegare questa contraddizione di principî se non dicendo che gli altri popoli commercianti avendo

generalmente ammesso la validità del contratto di assicurazione in questi medesimi casi, i compilatori del Codice di commercio non credettero doversi allontanare dal Dritto seguito dalle altre nazioni su tal punto.

146. Il contratto di rendita vitalizia è similmente nullo quando la rendita fosse stata stabilita sulla vita di persona affetta da malattia, per la quale sia morta entro venti giorni dalla data del contratto; art. 1975 c. c. = *1847. ll. cc.*

In fatti il rischio pel costituente di pagare la rendita per un tempo più o meno lungo, era nullo o quasi nullo in questo caso, e l'evento per colui che sborsava il danaro di ricevere le annualità di questa rendita pel medesimo tempo, era ugualmente nullo o quasi nullo: or questo contratto è essenzialmente aleatorio; la somma pagata per prezzo della rendita si trova dunque di esserlo stato *sine causa*, e come tale è soggetto a ripetizione.

Ma a tal uopo è necessario, 1.° che la persona sulla cui vita fu costituita la rendita fosse affetta da malattia al tempo del contratto; 2.° che sia morta di questa malattia; che sia morta nei venti giorni dalla data dell'atto di costituzione; in guisa che se non fosse inferma nel giorno del contratto, quando anche fosse morta pochi giorni dopo, il dì seguente ancora, la costituzione della rendita sarebbe valida, perchè l'evento del lucro o della perdita esisteva realmente al tempo in cui fu stipulata. E se, quantunque affetta da malattia al tem-

po del contratto, la persona sia morta per un'altra causa, sebbene nei venti giorni dalla data dell'atto, per esempio per la rovina di un edifizio, per un incendio, ec., la costituzione è perfettamente valida, e deve avere i suoi effetti; imperocchè è incerto in tal caso se la persona fosse morta nei venti giorni dalla data dell'atto e per la malattia di cui era affetta nel tempo in cui venne stipulato.

Finalmente quando anche fosse morta per questa medesima malattia, se sia trapassata dopo i venti giorni dal contratto, questo contratto è valido, ancorchè la persona fosse morta per una malattia cronica; imperocchè sebbene in tal caso la causa della morte esistesse al tempo del contratto, e non sia cessata di esistere, nondimeno la legge per prevenire i dubbî sopra un punto così delicato, e per lo più sì difficile a giudicarsi in fatto, si vide nella necessità di stabilire un termine, e lo assegnò a venti giorni. Essa volle a tal riguardo rimuovere ogni atto arbitrario da parte de' tribunali.

147. Delvincourt opinava che spetterebbe a colui il quale domandasse la nullità del contratto il provare che la persona sulla cui vita fu la rendita costituita era morta al tempo dell' atto di costituzione, o era affetta dalla malattia per la quale è morta nei venti giorni dalla sua data; ma credeva che quando erasi fatta la pruova della detta malattia, v'era presunzione che la morte sia stata conseguenza di questa malattia, e che spetterebbe per ciò al convenuto provare il contrario, se lo pretendesse.

Noi non siamo di tal parere: spetta all'attore il provare che sia nel caso preveduto dalla legge; or tal caso è quello di morte per effetto della malattia di cui era colpita la persona, e nei venti giorni dalla data dell'atto. Come attore è egli tenuto a provar tutto.

148. Ricard (1) sostiene con ragione, che se la persona sulla vita della quale fu costituita la rendita sia una donna incinta, la quale sia morta in seguito del parto, nei venti giorni dal contratto, la costituzione di rendita non sia meno valida, attesochè lo stato di gravidanza non deve riguardarsi come uno stato di malattia, ma come ordinario effetto della natura. Delvincourt benchè approvi questa opinione, la modifica però pel caso in cui la donna era contraffatta a segno da far temere che il parto non fosse pericoloso. Non ammettiamo noi stessi questa modificazione; tale stato non è tampoco una *malattia*, e sarebbe lasciar troppo all'arbitrio, giacchè donne contraffatte spesso partoriscono felicemente.

149. Si è elevato il dubbio se la disposizione del nostro art. 1975 c. c. = *1847 ll. cc.* si applichi al caso in cui la rendita sia costituita sulla vita di colui che ne ha somministrato il prezzo e che deve goderne? Si pretese che no, e si addusse per ragione: 1.° che il cennato art. 1975 dicendo *lo stesso ha luogo* cc., si riferisce al caso preveduto nell'ar-

---

(1) *Delle donazioni*, parte 1.ª, n. 108 e seg.

ticolo precedente: or in questo è evidente che si tratta di una rendita costituita sulla vita di persona diversa da quella che ne somministra il valore e che ha dritto di godere; 2.° che nel caso al contrario in cui la rendita sia costituita sulla vita di quello stesso che somministra il capitale, costui affetto, al tempo del contratto, della malattia per la quale muore nei venti giorni seguenti, ebbe evidentemente in mira, conoscendo il suo stato, di fare una liberalità a colui che ha ricevuto il danaro e promesso la rendita; or, secondo più innanzi lo dicemmo, le liberalità di somme, eseguite col pagamento o consegnazione del danaro, come nella specie, sono perfette mediante questa esecuzione.

Ma puossi rispondere che l' art. 1975 c. c. = *1847 ll. cc.* non si riferisce all' art. 1974 c. c. = *1846 ll. cc.*, se non per quanto vuol dire che il contratto è nullo nel caso da esso preveduto, come è nullo in quello dell' art. 1974, ed il caso da esso preveduto è quello di una rendita costituita sulla vita di una persona afflitta da una malattia per cui sia morta nei venti giorni dalla data del contratto, e ciò si applica tanto al caso in cui la rendita sia costituita sulla vita di colui che ne somministra il valore e che deve goderne, quanto al caso in cui sia costituita sulla vita di un terzo che non vi ha alcun dritto, poichè l' articolo non fa alcuna distinzione. Al secondo argomento si risponde dicendo che la persona malata al tempo del contratto, non deve supporsi necessariamente di aver avuto in mira

il caso di sua prossima morte; poteva benissimo ignorare la gravità del suo stato, e veggonsi ogni giorno persone prese da grave malattia cronica illudersi a tal riguardo; in modo che non puossi dire con certezza che quella la quale somministrò il danaro per ottenere una costituzione di rendita a suo vantaggio, e che era malata a quell'epoca, abbia avuto in mira di fare una liberalità al costituente. La quistione fu giudicata nel senso della nullità del contratto con decisione della Corte di Rouen in data del 25 gennaio 1808 (1), ed in conseguenza gli eredi di colui che avea somministrato il capitale furono ammessi a domandare il danaro somministrato per la costituzione della rendita.

150. Si presentò anche la quistione se la costituzione sia nulla nel caso in cui la rendita fu costituita sulla vita di molte persone, una delle quali era afflitta al tempo del contratto da una malattia per cui morì nei venti giorni dalla data dell'atto; e fu giudicato con ragione che la costituzione non era nulla, attesochè l'evento del guadagno o della perdita esisteva sempre, sebbene in minor grado. Arresto della Corte di cassazione del 20 febbraio 1820; *Bullettino della Corte di cassazione*, *n.° 20.*

151. Delvincourt sosteneva che se l'atto di costituzione di rendita sia in iscrittura privata e senza data certa, si presumerà fatto nei venti giorni che han preceduto la morte della persona sulla cui

---

(1) *Sirey*, 1808, 2, 72.

vita la rendita fu costituita, salva la pruova in contrario, la quale potrebbe, egli diceva, risultare dalle circostanze, o farsi per mezzo di testimoni, se vi fosse un principio di pruova per iscritto.

A noi pare che tale opinione sia contraria alle regole del Dritto comune, specialmente all'art. 1322 c. c. = *1276 ll. cc.*, il quale dice che l'atto in iscrittura privata fa tra le parti contraenti, loro eredi e chi ha causa da essi, la stessa fede che l'atto autentico. Delvincourt opinava in tal modo sol perchè supponeva che la costituzione di rendita in tal caso celi qualche liberalità; ma è giurisprudenza presso a poco costante (1), che il testamento olografo fa fede della sua data, salvo agli eredi del testatore che fu di poi interdetto (o che sia morto mentecatto senza essere stato interdetto), di provare con tutt' i mezzi di dritto che il loro autore testò nel tempo della interdizione o della demenza, e che il testamento sia stato fatto con antidata. Noi non iscorgiamo su quale disposizione della legge fondi Delvincourt la presunzione che allega: in conseguenza crediamo per lo contrario che spetterebbe agli eredi del costituente, i quali pretendessero che l'atto sia stato formato entro i venti giorni che precedettero la morte del loro autore, il presentare la pruova di tal fatto. Ma dovrebbero essere ammessi a presentarla anche per mezzo di testimoni senza principio di pruova per iscritto, attesa la impossi-

---

(1) *V.* tomo III, n.° 773, tomo VIII, n.° 166 e tomo IX, n.° 47.

bilità in cui erano di procurarsi una pruova per iscritto di quanto essi allegano, ciocchè renderebbe l' art. 1348 c. c. = *1302 ll. cc.* applicabile alla causa.

152. Siccome è impossibile di valutare esattamente l' evento del guadagno e della perdita che forma l' essenza di questo contratto, poichè indipendentemente dai casi fortuiti, questo evento è in ragione dell' età, dello stato di salute e del genere di vivere della persona sulla cui vita fu costituita la rendita, tutte le quali cose variano all' infinito, la legge si vide nella necessità di permettere alle parti di costituire la rendita alla misura che loro piacesse di convenire (art. 1976 c. c. = *1848 ll. cc.*); in modo che anche per le rendite vitalizie costituite dopo la legge del 3 settembre 1807, che stabilisce la quantità dell' interesse al cinque per cento senza ritenuta in materia civile, ed al sei per cento in materia di commercio, non si potrebbe sostenere, comunque eccessiva fosse la misura della rendita, che vi sia usura nella costituzione, e che per conseguenza la rendita debb' essere ridotta.

153. Ma non deve tuttavolta questo contratto servire a celare mutui o convenzioni usurarie. Così, avviene qualchevolta, come ce lo dice Pothier, nel suo trattato *del Contratto di rendita vitalizia*, n.° 245, che si stipuli col contratto di vendita vitalizia, che dopo la morte di colui al quale si costituisce la rendita, il costituente restituirà agli eredi una certa parte della somma da lui ricevuta

per prezzo della costituzione, *puta* il terzo, il quarto, la metà; il contratto stipulato con questa clausola, dice Pothier, non ha cosa alcuna d'illecito. Esso comprende due contratti: un contratto di vendita della rendita vitalizia, pel prezzo della somma che deve restare al costituente, ed un prestito gratuito a lui fatto di quella che deve restituire.

Lo stesso potrebbe aver luogo per conseguenza nel caso in cui la rendita fosse costituita sulla vita di un terzo, ed in cui quegli che ha somministrato il capitale stipulasse per sè o suoi eredi la restituzione al tempo che si estingue la rendita di una parte del capitale da lui somministrato. E sebbene il contratto non facesse menzione che di lui e non de' suoi eredi, il beneficio della clausola si estenderebbe nondimeno ad essi, in virtù della regola che si reputa di aver noi contrattato anche pe' nostri eredi, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione; art. 1122 c. c. = *1076 ll. cc.*

Ma, soggiunge Pothier, converrebbe dir diversamente se la somma che, giusta il contratto, dovrebbe restare al costituente non fosse sì considerevole da potersi ragionevolmente considerare come il prezzo della rendita vitalizia. Per esempio, se si fosse costituita ad una persona la quale non fosse molto avanzata in età una rendita vitalizia di 300 lire pel prezzo di 3,000 lire, delle quali 2,000 lire dovrebbero restituirsi agli eredi del costituente, il quale

riterrebbe soltanto le restanti 1,000 lire; in tal caso, dice Pothier, il contratto di costituzione dovrebbe dichiararsi nullo ed usurario, come contenente un mutuo ad interesse celato, e tutte le annualità che fossero state pagate dovrebbero imputarsi sul capitale.

Essendo oggidì permesso di convenire gl'interessi in materia di mutuo, e secondo la misura stabilita dalla legge, quest' ultima parte dell' opinione di Pothier non dovrebbe seguirsi: non si potrebbero imputare sulla parte del capitale da restituirsi tutte le annualità che fossero state pagate, ma si dovrebbero riformare gli effetti di questa convenzione per purgarne il vizio di usura per quanto sia possibile, *et ex æquo et bono;* e a tal effetto i tribunali potrebbero ordinare che una parte di queste medesime annualità dovesse imputarsi sulla porzione del capitale da restituirsi a norma del contratto.

154. Talune volte, dice pure lo stesso autore, il contratto di costituzione di rendita vitalizia contiene qualche cosa della costituzione di rendita perpetua. Per esempio, si conviene talora che dopo la morte di colui al quale è costituita la rendita, il costituente continuerà a pagare ai suoi eredi una rendita perpetua di un tanto, redimibile mediante la tale somma: come se per una somma di 3,000 fr. che io ricevessi da voi vi costituissi 200 fr. di rendita vitalizia, vostra vita durante, la quale rendita dopo la vostra morte sarà ridotta a 50 fr. sino al riscatto, che potrà farsene mediante la somma di 1,000 fr. da me o dai miei eredi.

E conviene osservare che in tal caso non potrei vostro malgrado farvi il rimborso di questi 1,000 fr. per liberar me e i miei rappresentanti dall'obbligo di pagare la rendita perpetua di 50 fr. ai vostri eredi; imperocchè sebbene il debitore di una rendita perpetua abbia la facoltà di riscattarla (art. 1911 c. c. = *1783 ll. cc.*), e nella specie vi sia rendita perpetua per questi 50 fr., nondimeno essendo state le due rendite costituite per un solo e medesimo prezzo, il quale fu analogamente convenuto, il riscatto non può farsi in vita del creditore suo malgrado. L' effetto di queste due rendite non ha' luogo simultaneamente: quello della rendita perpetua non deve cominciare che dopo estinta la rendita vitalizia, e per conseguenza soltanto a quell'epoca, quando la rendita avrà unicamente la natura di rendita perpetua, deve aver dritto il debitore di farne il rimborso. È questa puranche la opinione di Pothier.

Questo autore crede similmente che nulla impedisca di convenire che la rendita perpetua di cui si tratta sarà pagata ad una quantità maggiore dell' interesse legale della somma per la quale potrebbe farsi il riscatto dopo la morte del creditore; per esempio, sul ragguaglio di 50 fr. annui, sebbene la somma da pagarsi per redimerla fosse, secondo il contratto, di 800 fr. soltanto. Imperocchè la quantità delle rendite si regola sulla somma pagata pel prezzo della costituzione, e non su quella che piacesse alle parti di convenire pel riscatto, la quale som-

ma può essere minore di quella che fu pagata pel prezzo della costituzione. Altronde nella specie non fu pagata una somma di 800 fr. per prezzo della costituzione di questa rendita perpetua, poichè la somma per la quale sì la stessa che la rendita vitalizia furono costituite, non formava che un solo e medesimo prezzo. Si aggiunga che la clausola la quale riduce ad 800 fr. la somma per cui il debitore e i suoi eredi potranno liberarsi dal pagamento della rendita di 50 fr., invece di pagare per tale oggetto 1,000 fr., essendo tutta nel loro interesse, non possono dolersene; e nettampoco lo possono gli eredi del creditore, poichè il loro autore poteva benissimo non istipulare questa rendita perpetua se non per una somma minore di 30 fr., ed anche non istipularne interamente.

Per la medesima ragione si potè convenire che questa rendita da pagarsi agli eredi del creditore fosse di una somma minore dell' interesse legale della somma necessaria a farne il riscatto; per esempio, che la rendita fosse di 40 fr., mentrechè la somma per la quale potrebbe riscattarsi fosse di 1,000 fr.

155. Sebbene la rendita vitalizia possa costituirsi alla misura che piacesse alle parti contraenti di determinare, rammentiamo nulladimeno quanto fu da noi detto più sopra con Pothier, cioè che avvi effettivamente liberalità quando la rendita sia semplicemente costituita ad una quantità che non oltrapassi o che oltrapassi di poco la misura dell'in-

teresse legale della somma che viene data per prezzo della costituzione; che in questo caso gli eredi di colui che ha somministrato il capitale possono intentare l' azione per riduzione in caso di eccesso della disponibile, ed anche l' azione per restituzione della intera somma, se quegli il quale ricevette il danaro era incapace a ricevere dalla persona che glielo pagò.

156. Osserviamo pure che, secondo l'art. 918 c. c.= *834 ll. cc.*, il valore in piena proprietà de'beni alienati, sia *col peso di rendita vitalizia*, sia a fondo perduto (1), o con riserva di usufrutto, ad una persona in grado di succedere in linea retta, s' imputa sulla porzione disponibile, e l'eccedente, se ve ne sia, si conferisce nella massa; ma purtuttavolta che questa imputazione e questa collazione non possono essere domandate da coloro fra i successori in linea retta, che avessero prestato il loro consenso all' alienazione, nè in nessun caso da successori in linea trasversale.

Siccome questa disposizione fu estesamente esaminata nel titolo delle *Successioni*, parlando *delle Collazioni*, tomo VII, n.° 328 e seguenti, ed anche nel titolo *delle Donazioni e Testamenti*, tomo VIII, n.° 328 e seguenti, si può riscontrare quanto fu da noi detto su tal riguardo.

157. Pothier (n.° 243) non considerava il con-

---

(1) Ciocchè è la stessa cosa che l'alienazione mediante una rendita vitalizia, sebbene sembra che il Codice ne faccia un altro caso.

tratto di rendita vitalizia che come un contratto *meramente unilaterale*, obbligando solamente la parte che costituisce la rendita, abbenchè altronde del numero de' contratti interessati da una parte e dall'altra, o commutativi, e per conseguenza sosteneva di non essere necessario, allorchè le parti contrattino con iscrittura privata, di far l'atto in doppio originale. Egli dice altresì (n.° 221) « che questo « contratto, non solamente quando contiene una do-« nazione, ma ancora quando comprende una vendi-« ta, è, al pari del contratto di cosituzione di rendita « perpetua, un contratto *reale*, il quale non è per-« fetto se non col pagamento della somma conve-« nuta pel prezzo della costituzione; che soltanto « dal giorno del pagamento di tale somma può dirsi « contratta l'obbligazione del costituente, e la ren-« dita comincia a decorrere ». Ma questa dottrina è inesatta sopra l'uno e l'altro punto.

Comprendiamo benissimo che quando la rendita vitalizia sia costituita mediante una somma che vien pagata all'istante medesimo, non sia necessario di far l'atto in iscrittura privata in tanti doppî originali quante sono le parti aventi un interesse distinto: basta un solo originale il quale vien dato al creditore, poichè l'obbligazione da adempiersi è soltanto da parte di colui che ha costituito la rendita: sarebbe unicamente necessario se l'atto non fosse scritto interamente di mano del debitore che oltre la sua sottoscrizione contenesse un *buono* o *approvato* esprimente in lettere per esteso la som-

ma promessa, in conformità dell'art. 1326 c. c.= *1280 ll. cc.*, e salvo ancora i casi di eccezione espressi nel medesimo articolo, ed emergenti dalla qualità della persona. Ma siccome la rendita vitalizia può essere costituita non solo mediante una somma di danaro, ma ancora come prezzo della cessione di oggetti mobili o immobili (art. 1968 c. c. = *1840 ll. cc.*), egli è chiaro che se, per esempio, vi cedo o vendo la mia casa mediante una rendita vitalizia, o se con una transazione vi cedo un dritto litigioso tra noi mediante puranche una rendita vitalizia, l'atto nell'uno e nell'altro caso dovrà esser fatto in doppio originale, secondo l'art. 1325 c. c. = *1279 ll. cc.* Pothier a torto era preoccupato dall'idea che la rendita vitalizia costituita a titolo oneroso sia sempre costituita mediante una somma di danaro, o almeno mediante una cosa mobile consegnata all'istante medesimo, e per tal ragione egli mette questo contratto nella classe dei contratti *reali*, cioè de' contratti che non ricevono la loro perfezione se non colla tradizione della cosa, come le due specie di prestito e il deposito. Or certamente nei due casi da noi allegati in esempio, il contratto non è reale, ma del numero di quelli i quali ricevono la loro perfezione dal solo consenso delle parti, e che per ciò nella dottrina si chiamano contratti *consensuali*. E se si dicesse che in questi casi è una vendita dell'immobile, una transazione sull'oggetto in controversia tra voi e me, risponderemmo che si può considerare il con-

tratto tanto come una costituzione di rendita, che come una vendita o una transazione, poichè le parti potettero in fatti risguardarlo così. Il Codice stesso fa predominare la natura e gli effetti del contratto di rendita, poichè non permette di domandare lo scioglimento del contratto e la restituzione dell'immobile per la sola mancanza di pagamento delle annualità (art. 1978 c. c. = *1850 ll. cc.*), mentrechè permette benissimo al venditore di domandare lo scioglimento del contratto, e la restituzione dell'immobile per mancanza di pagamento del prezzo; art. 1654 c. c. = *1500 ll. cc.*

Altronde supponendo ancora la costituzione fatta mediante una somma, quale sarebbe dunque la ragione che impedirebbe alle parti di convenire che il prezzo di questa costituzione non sarà pagabile che scorso un certo tempo, sei mesi per esempio? Indubitatamente una tale costituzione sarebbe perfetta col solo consenso delle parti, e se la persona sulla cui vita fosse costituita la rendita morisse prima di scorrere questo termine, la somma si acquisterebbe dal costituente, ed avrebbe costui azione per farsela pagare, eccetto se le parti avessero inteso che il contratto non comincerebbe a produrre i suoi effetti se non quando il prezzo della rendita fosse pagato al costituente, lo che non si presumerebbe facilmente. Le annualità poi comincerebbero anche a decorrere dal giorno del contratto, eccetto convenzione in contrario, poichè da quel giorno i rischi della estinzione sarebbero a carico di colui

che promise la somma per avere la rendita. Laonde questo contratto non è *reale* per natura sua, come lo è il mutuo e il deposito; non possonsi concepire quest' ultimi contratti senza una cosa mutuata o depositata, ma puossi benissimo concepire una costituzione di rendita vitalizia a titolo oneroso, sebbene nessuna cosa sia data attualmente al costituente: basta a tal uopo che gli sia promessa una cosa per prezzo della costituzione; e se non gli sia stata pagata o consegnata, può domandare lo scioglimento del contratto coi danni ed interessi, in virtù dell' art. 1184 c. c. = *1137 ll. cc.*

158. Quantunque la rendita vitalizia non abbia capitale, come la rendita costituita in perpetuo, e il suo valore si componga in realtà delle annualità che ne saranno successivamente pagate, nulladimeno fu considerata la rendita stessa come una specie di essere morale producente frutti sotto il nome di *annualità*, del pari che la rendita costituita in perpetuo; e per conseguenza fu risoluto che l'usufrutto di una rendita vitalizia dà all' usufruttuario per la durata del suo usufrutto il dritto di riceverne le annualità, senza essere tenuto ad alcuna restituzione; art. 588 c. c. = *513 ll. cc.*

Similmente nel caso di comunione tra coniugi, se uno di essi nel giorno del matrimonio sia creditore di una rendita vitalizia, ed abbia stipulato il ricupero de'suoi beni mobili, o che la comunione sia ridotta agli acquisti, non avrà per ciò il dritto di ricupero circa agli arretrati della rendita esatta du-

rante la comunione, il qual dritto certamente avrebbe se si considerassero queste annualità come parte della sostanza del dritto di rendita; ma al contrario vengono considerate come semplici frutti prodotti da tale dritto.

E la risoluzione è la stessa, ancorchè la rendita vitalizia siasi estinta durante l' usufrutto o la comunione, e quindi l' usufruttuario o la comunione si trovi di aver raccolto tutta la utilità di questa rendita, tuttociò che mercè l' evento ne costituiva effettivamente il valore: l'obbligazione dell' usufruttuario di conservare la sostanza della cosa per restituirla alla fine dell' usufrutto, non si sconosce per questo; giacchè la sostanza della cosa nell'usufrutto di una rendita vitalizia è il dritto di esigere le annualità secondo la scadenza, e non le annualità medesime, sebbene in realtà queste annualità formano tutto il valore della rendita; or allorchè perisca la sostanza senza colpa dell' usufruttuario, costui è liberato. È come se l' usufrutto fosse stato stabilito sopra un animale il quale morisse senza colpa dell' usufruttuario.

159. Nell' antica giurisprudenza non si ammettevano, dice Pothier, le costituzioni di rendita perpetua in derrate, eccetto in materia di rendite prediali. Si era temuto che non fosse questo un mezzo da favorire i contratti usurarî. Ma potendo la rendita vitalizia costituirsi, come presentemente, alla misura che conveniva alle parti stabilire, giacchè non era applicabile il motivo di sopra citato, si ammettevano le

★

costituzioni di rendita vitalizia tanto in derrate che in danaro : ciò è senza dubbio permesso vigente il Codice.

160. Un decreto del 23 giugno 1806 (1) permette agli spedali di prendere a rendita vitalizia, ed al dieci per cento al più, le somme che i poveri esistenti in questi stabilimenti vorranno versarvi colla semplice autorizzazione del prefetto, se la somma non ecceda cinquecento franchi, e con quella del governo nel caso contrario.

SEZIONE II.

Degli effetti del contratto tra le parti contraenti.

SOMMARIO

(1) Bullet., n.° 1676.

161. Le obbligazioni del debitore della rendita sono:

1.° Di somministrare tutte le cautele promesse col contratto;

E 2.° di pagare regolarmente le annualità della

rendita nelle epoche determinate col contratto, e finchè durerà la rendita.

Lo inadempimento di queste obbligazioni non ha tuttavia lo stesso effetto sulla sorte del contratto, come si vedrà.

162. In effetti quegli a vantaggio del quale fu costituita una rendita vitalizia, mediante un prezzo, può chiedere lo scioglimento del contratto (e per conseguenza la restituzione delle cose da lui pagate o consegnate), se il costituente non gli somministri le cautele stipulate per la sua esecuzione; art. 1977 c. c. = *1849 ll. cc.* È questa l'applicazione della regola generale sancita dall' art. 1184 c. c. = *1137 ll. cc.*, che la condizione risolutiva è sempre sottintesa ne' contratti sinallagmatici o interessati da una parte e dall'altra, nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

Quindi se il debitore abbia promesso un fideiussore che poi non dia, o la fideiussione di una persona che non può anche più dare per la morte di essa, il creditore della rendita ha dritto di domandare lo scioglimento del contratto, e per conseguenza la restituzione de' valori da lui somministrati; imperocchè egli non contrattò che in considerazione di una condizione che non ebbe poi il suo effetto. Il debitore non avrebbe facoltà, anche in questo caso, di presentare un altro fideiussore che sembri così solvibile come la persona da prima indicata; il creditore potrebbe dire ch' egli contrattò per riflesso di quest' ultima.

Così ancora, se il costituente abbia promesso una ipoteca sul tale fondo, libero da qualunque altra ipoteca, deve somministrarne una sopra siffatto immobile, e questo debb' essere libero da ogni altra ipoteca, in diverso caso il creditore può domandare lo scioglimento del contratto.

Similmente se il debitore abbia promesso col contratto d' impiegare il danaro a lui pagato in acquisto d' immobili, ad effetto di dare al creditore il privilegio del venditore di tali immobili, mediante surrogazione, e poi non faccia l'acquisto convenuto, può domandarsi lo scioglimento del contratto.

163. E siccome colui che diminuisce le cautele da lui date col contratto dev' essere assimilato a colui che non somministra quelle promesse (1), da ciò segue che se il costituente il quale aveva somministrato ipoteca sopra una casa o sopra una selva, demolisca la casa o abbatta la selva, il creditore della rendita può similmente domandare lo scioglimento del contratto, e la restituzione delle cose da lui somministrate per prezzo della costituzione.

164. Ma in questi diversi casi il debitore contro del quale vien domandato e pronunziato lo scioglimento avrebbe mai dritto di domandare da sua parte che gli fosse tenuta ragione di ciò che le annualità che si trovasse di aver pagato sino allo scioglimento eccedessero l'interesse legale della somma da lui ricevuta per prezzo della costituzione? No

(1) *V.* tomo XI, n.° 121 e 123.

certamente, imperocchè le annualità pagate erano il prezzo del rischio al quale andava esposto il creditore circa all'estinzione della rendita per la morte della persona sulla cui vita era costituita; questo creditore non riterrebbe dunque *sine causa* tale eccedenza d' interessi.

165. Del resto non è dubbioso che se prima della domanda di scioglimento del contratto per non essersi somministrate le cautele promesse, o per diminuzione di quelle già date, morisse la persona sulla cui vita si costituì la rendita, non è dubbioso, diciamo, che la rendita sarebbe estinta, come nei casi ordinarî, e che per conseguenza non si potrebbe far più pronunziare lo scioglimento del contratto e la restituzione de' valori somministrati per prezzo della costituzione. Il creditore sarebbe allora senza interesse a dolersi, essendo divenute inutili le cautele.

166. Ma la cosa sembra alquanto più dubbiosa allorchè la persona sulla cui vita era costituita la rendita sia morta dopo avanzata la domanda di scioglimento e prima della sentenza. Puossi dire che la sentenza non fa che verificare la bontà della domanda, e che il creditore con la sua domanda aveva esercitato il dritto che aveva di ottenere lo scioglimento del contratto; che esercitato una volta questo dritto, l' evento della morte della persona sulla vita della quale era stata costituita la rendita è un evento il quale non deve distruggere questo dritto acquistato, ed impedire per conse-

guenza di essere pronunziata la sentenza; che le sentenze hanno un effetto retroattivo al giorno della domanda, motivo per cui la prescrizione è interrotta dal giorno della domanda, e non soltanto dal giorno della sentenza; in somma che le sentenze sono semplicemente dichiarative del dritto domandato.

Non ostante queste ragioni Pothier dichiara, e non senza fondamento, a creder nostro, che la morte della persona sulla vita della quale venne costituita la rendita impedisca di profferirsi la sentenza, e che la costituzione di rendita abbia prodotto tutti i suoi effetti ordinarî. Il motivo a cui si attiene è che lo scioglimento del contratto non avveniva per dritto; eravi d'uopo che fosse pronunziata con sentenza del giudice; fino alla sentenza il debitore poteva somministrare le cautele promesse; forse le avrebbe somministrate, e siccome sono esse ora inutili, non devesi profferire una sentenza di scioglimento che la legge non autorizzava se non per porre in sicuro i giusti dritti del creditore: or costui al presente non ha più interesse di avere queste cautele.

167. Nel caso di scioglimento del contratto è chiaro che la somma che il debitore deve restituire non produce che gl'interessi ordinarî; non vi è più rendita, per conseguenza non vi sono più annualità.

168. Sebbene il pagamento delle annualità della rendita sia ancora una condizione del contratto, ed anche la principale, nulladimeno la sola mancan-

za di pagamento delle annualità della rendita vitalizia non autorizza colui a favor del quale fu costituita a chiedere lo scioglimento del contratto, e per conseguenza il rimborso del capitale da lui somministrato, o a rientrare in possesso del fondo alienato. Egli non ha che il dritto di far sequestrare e vendere i beni del suo debitore, e d'instare perchè venga ordinato, quando il debitore non vi acconsenta, che col prodotto della vendita si faccia l'impiego di una somma bastante per assicurare il pagamento delle annualità; art. 1978 c. c.=*1850 ll. cc.*

È questa una notabile differenza che avvi tra la rendita costituita in perpetuo e la rendita vitalizia (art. 1912 c. c.=*1784 ll. cc.*), e convien dirlo, una derogazione alle regole del dritto comune (art. 1184 c. c. = *1137 ll. cc.*); imperocchè il venditore d'immobili che non è pagato del prezzo, può domandare lo scioglimento del contratto e la sua reintegrazione nel fondo (art. 1654 c. c. = *1500 ll. cc.*): or la rendita vitalizia è qui il prezzo dell'immobile, come l'immobile era il prezzo della costituzione di rendita, ed evidentemente l'utilità della rendita consiste nel pagamento delle annualità. Ma si pensò che sarebbe troppo duro costringere un debitore di rendita vitalizia che avesse per qualche tempo trascurato di pagare le annualità, a farne il rimborso, dopo che tali annualità siensi pagate per molti anni: sarebbe egli così privato dei vantaggi del contratto, ed avrebbe pagato a titolo

di annualità somme eccedenti di molto nella maggior parte de' casi l'interesse ordinario di quella da lui ricevuta, o il valore de' frutti della cosa a lui consegnata. Probabilmente altronde si considerò con molti autori che la rendita non è l'interesse del capitale somministrato per prezzo della costituzione, ma il prezzo di questo capitale; che questa rendita a ciascun pagamento di annualità diminuisce, se non circa al dritto della rendita in sè stesso, almeno circa al valore di tal dritto; e da ciò si conchiuse che se il creditore potesse, quando il debitore trascuri di pagargli esattamente le annualità della rendita, farsi rimborsare il capitale da lui pagato per prezzo della costituzione, lucrerebbe la differenza che vi fosse tra le annualità a lui pagate e la quantità legale dell'interesse della somma da lui somministrata, lo che per conseguenza sarebbe una perdita pel debitore, il quale si troverebbe in tal modo di aver pagato enormi interessi pel godimento avuto del capitale che ricevette, e ciò non sembrò giusto.

Si potrebbe tuttavia rispondere a tal ragionamento, dicendo che il creditore essendosi esposto al rischio dalla estinzione della rendita per la morte della persona sulla vita della quale fu costituita, ricuperando il capitale da lui alienato, non avrebbe assolutamente profittato *sine causa* della differenza tra le annualità raccolte sino allora e l'interesse ordinario di questo medesimo capitale pel medesimo tempo: quindi il motivo da noi addotto in

primo luogo ci sembrerebbe preferibile, tanto più che gli stessi compilatori del Codice considerarono la rendita vitalizia, se non come avente un capitale, almeno come un essere morale produttivo di frutti, sotto il nome di annualità, e ciò evidentemente risulta dall' art. 588 c. c. = *513 ll. cc.*, più innanzi citato sotto tal riguardo.

169. Già più volte si presentò la quistione se, nel caso di mancanza di pagamento delle annualità per un tempo determinato, sia lecita la stipulazione che il contratto sarebbe sciolto? La Corte di Parigi con sua decisione del 21 dicembre 1812 (1) giudicò di essere contraria all' essenza del contratto di costituzione di rendita vitalizia: ma sembra di esser prevalsa la giurisprudenza contraria. Avvi in fatti una decisione della Corte di Bordò del 30 agosto 1814 la quale giudicò il contrario, e dietro il ricorso prodotto contro tale decisione intervenne arresto di rigetto in data del 26 marzo 1817 (2). Un' altra decisione della Corte di Bordò del 5 luglio 1816 (3) giudicò nel medesimo senso. È da temersi nulladimeno che questa clausola non divenga stile negli atti di costituzione. Non vi sarebbe dubbio del resto, se la stipulazione fosse accompagnata da una clausola esprimente che il creditore bonificherebbe in caso di scioglimento la differenza tra la somma delle annualità da lui esatte sino a quel

(1) *Sirey*, 1813, 2, 142.
(2) *Bullettino della Corte di cassazione*, n.° 24.
(3) *Sirey*, 1817, 2, 74.

tempo e la quantità ordinária dell'interesse, o se in mancanza di questa clausola offrisse, domandando lo scioglimento, di corrispondere siffatta differenza. Non più sussistendo il principale motivo che dettò la disposizione del nostro art. 1978 c. c. = *1850 ll. cc.*, riprenderebbe il suo impero il principio riguardante l'effetto delle condizioni risolutive. Ma in mancanza di questa clausola o di questa offerta, confessiamo che inclineremmo in preferenza per la decisione della Corte di Parigi. Se questa stipulazione non fosse sembrata ai compilatori del Codice contraria alla natura delle costituzioni di rendite vitalizie, perchè mai non avrebbero essi ammessa la tacita condizione risolutiva, in virtù della regola generale dell'art. 1184 c. c. = *1137 ll. cc*?

170. L'articolo che esaminiamo (1978) richiede che il creditore il quale abbia fatto vendere i beni del debitore della rendita per non aver pagato le annualità, possa far ordinare o consentire che sia impiegata una somma bastante per assicurare il pagamento delle annualità; ma qual'è questa somma circa alla quantità della rendita? Dev'essere forse uguale al capitale di una simile rendita costituita in perpetuo? A primo aspetto sembra ciò poco ragionevole, poichè dovendo la rendita vitalizia estinguersi in un tempo più o meno lontano, non potrebbesi aver mai il valore di una rendita della medesima somma costituita in perpetuo, e per ciò sembra di non esservi bisogno di una som-

ma sì grande per assicurare il pagamento delle annualità. Puossi soggiungere in sostegno di questa riflessione che se tale fu la mente de' compilatori del Codice, l' art. 1978 in vece di dire *l' impiego di una somma bastante per assicurare il pagamento delle annualità*, avrebbe dovuto dire: *l' impiego* DI UNA SOMMA PRODUTTIVA D' INTERESSI BASTANTI *per assicurare il pagamento delle annualità.*

Non ostante queste ragioni, che non mancano di qualche forza, crediamo che il creditore abbia diritto di esigere l' impiego di una somma uguale a quella che sarebbe necessaria pel pagamento delle annualità di una rendita costituita in perpetuo ad una quantità uguale a quella della rendita vitalizia: per esempio, l'impiego di 20,000 fr., se questa rendita sia di 1,000 fr., affinchè gl' interessi di tale somma possano bastare pel pagamento delle annualità: diversamente siccome converrebbe prendere annualmente o a ciascun termine dal capitale, ciò obbligherebbe a calcoli più o meno imbarazzanti, e il pagamento per tal ragione, e per altre ancora, potrebbe presentare maggior difficoltà ad eseguirsi.

Del resto i creditori ipotecarî posteriori a quello della rendita conservano sempre i loro dritti sullo immobile venduto, e per conseguenza debbono essere collocati al loro grado sulla somma di cui ha fatto egli impiego, per isperimentare tuttavia le loro ragioni dopo estinta la rendita. L' acquirente

dell' immobile ritiene presso di se il prezzo, o ne fa deposito nella cassa delle consegnazioni, giusta la clausola del suo contratto di acquisto.

171. Nei casi in cui molti immobili ipotecati per sicurezza del pagamento della rendita fossero stati successivamente venduti, la Corte di Parigi giudicò con due decisioni (1) che il creditore non aveva avuto il dritto di pretendere che fosse collocato in ciascuna graduatoria per una somma rappresentante il capitale della sua rendita al venti per cento; che bastava che lo fosse in una delle graduatorie a sua scelta. Questa risoluzione, come è stato osservato (2), a primo aspetto sembra assai giusta per sè stessa; ma non puossi negare che sia contraria alle regole del Dritto, specialmente all' art. 2161 c. c. = *2055 ll. cc.*, il quale non permette ai tribunali di ridurre l' ipoteca convenzionale, nè per conseguenza l' effetto di questa ipoteca. Altronde se si supponga che quest' immobili sieno cose soggette a deperire, come cose che possono incendiarsi, e quella sul cui prezzo il creditore della rendita fu collocato venga distrutta, ed il debitore della rendita sia insolvibile, allora è chiaro che svanisce la sicurezza del creditore, e nulladimeno egli se ne aveva procurato molte col contratto, stipulando ipoteche sopra parecchi immobili. Per conciliare gl'interessi e i dritti di tutti i creditori, con-

(1) L' una de' 31 luglio 1813, e l' altra de' 20 aprile 1814; *Sirey*, 1815, 2, 270.

(2) Delvincourt, tomo III, pag. 419, edizione del 1824.

verrebbe, a creder nostro, adottando la dottrina della Corte di Parigi obbligare i creditori posteriori in ordine d'ipoteca al creditore della rendita, e collocati sopra immobili venduti in ultimo luogo, a garantirgli il pagamento delle annualità, nel caso in cui la collocazione fatta a suo favore divenisse insufficiente al pagamento delle annualità della detta rendita.

172. Essendo il contratto di costituzione di rendita vitalizia un contratto essenzialmente aleatorio, da ciò risulta che il costituente o debitore della rendita non può liberarsi dal pagamento della detta rendita offrendo di rimborsare il capitale o le cose da lui ricevute per prezzo della costituzione, rinunziando anche di domandare o d'imputare sul capitale le annualità pagate oltre l' eccedenza dell' interesse legale della somma ricevuta. Egli è tenuto a corrispondere la rendita durante tutta la vita della persona o delle persone, sopra la vita delle quali fu costituita, qualunque sia la durata della vita di tali persone, e per quanto onerosa abbia potuto divenire la prestazione della rendita; art. 1979 c. c.=*1851 ll. cc.* Egli si espose all'evento della estinzione, egli deve sopportare la perdita.

173. Le annualità della rendita vitalizia sono come quelle delle altre rendite, tanti veri frutti civili: esse son dovute al proprietario in proporzione del numero de' giorni che visse la persona sulla vita della quale fu costituita la rendita (1), ma non

(1) Questo articolo dice però: « La rendita vitalizia è dovuta al

gli son dovute che in questa proporzione; art. 1980 c. c. = *1852 ll. cc.*

In modo che se la rendita sia stata costituita, per esempio, nel 1.° gennaro 1834, che siasi stipulata pagabile di anno in anno, e siasi estinta nel 1.° settembre seguente, saranno dovuti otto mesi di annualità, nè più nè meno.

174. Se però si sia convenuto di pagarsi anticipatamente, la rata anticipata si acquista dal giorno in cui è scaduto il pagamento *(ibid.)*; e per conseguenza se non sia stata pagata, debb' esserlo.

Non si è seguito su tal punto l' opinione di Pothier (n.° 248). Questo autore conveniva che quando sia detto in un testamento: *Io lego ad un tale una rendita vitalizia di cento scudi per ciascun anno, pagabile in ogni tre mesi, di cui gli si pagheranno venticinque scudi immediatamente dopo la mia morte*, il legatario acquista dritto ai venticinque scudi fin dalla morte del testatore, e li trasmetterebbe interi a' suoi eredi se egli pure morisse subito dopo; che trasmetterebbe loro similmente ciocchè fosse decorso della rendita dalla morte del testatore sino alla sua, avvenuta nei primi tre mesi; giacchè, dice Pothier, si presume che in questo caso il testatore abbia voluto legare

---

proprietario in proporzione del numero de' giorni *che ha* vissuto ». Ma questa dicitura non esprime esattamente il senso della legge; imperocchè se la rendita sia stata costituita sulla vita di un terzo, la morte del proprietario o godente non la fa cessare, almeno per dritto comune; essa continua a vantaggio de' suoi eredi, sino alla morte del terzo.

al legatario venticinque scudi, oltre la rendita che sarebbe decorsa dopo la sua morte: qui non si reputa che il legatario abbia ricevuto alcuna cosa *anticipatamente*. Ma, dice sempre Pothier, allorchè in un contratto di costituzione di rendita siasi stipulato che la rendita sarà pagata un anno o sei mesi *con anticipazione*, il creditore non ha dritto se non a ciocchè si trova decorso al tempo della estinzione della rendita, attesochè ciò che vien pagato *con anticipazione*, come la parola lo indica, non è ancora dovuto. Vero è che il creditore aveva dritto di esigere il pagamento di questa danda prima di scadere l' annata o i sei mesi, ma ciò piuttosto perchè era creditore dell' *anticipazione* di questa somma, che della somma stessa; diversamente non sarebbe stata pagata con *anticipazione*. È questo il senso delle voci *con anticipazione, prærogare*; imperocchè *anticipare* una somma è pagarla *prima* che sia dovuta; i pagamenti che si fanno con anticipazione sono *in pendenti* sino alla scadenza del termine; sono condizionali nei loro effetti. Quello che venne fatto lo sarebbe stato di una cosa dovuta se la rendita fosse sussistita sino al momento convenuto per lo pagamento delle annualità; ma essendosi estinta questa rendita prima di tale epoca, non era dunque realmente dovuto che una parte della somma pagata *con anticipazione*, ed in proporzione della durata della rendita: essendo stato il rimanente pagato per una causa che non ebbe poi alcun effetto, deve essere restituito.

Pothier conviene del resto che sebbene queste ragioni gli sembrino decisive, egli nondimeno ha trovato sempre varî i pareri su tal quistione; ma essa è stata sciolta dal Codice. Noi saremmo stati della opinione di Pothier; giacchè se, per esempio, prendendo un domestico, io gli anticipassi, giusta i nostri patti, sei mesi di mercede affinchè possa ritirare talune cose che sono nelle mani di un terzo, è chiaro che se il domestico mi lasciasse o morisse dopo tre mesi, io potrei domandare una parte della somma che gli avessi anticipata: or la rendita vitalizia non si acquista che in proporzione della sua durata, del pari che la mercede del domestico non gli è dovuta che in proporzione del tempo del suo servizio. Nelle locazioni nelle quali si paga anticipatamente una danda, giusta la convenzione, si potrebbe ancora domandare la restituzione di una parte del pagamento se la casa fosse incendiata durante il termine pagato.

175. Del resto non risulta dal nostro articolo che il creditore della rendita o i suoi eredi potranno, oltre la ritenuta della danda pagata anticipatamente, domandare le annualità in proporzione del tempo decorso durante il termine nel quale la rendita siasi estinta, poichè questa danda si trova pagata con anticipazione. Per esempio, se siasi costituita una rendita nel 1.° gennaio 1834, pagabile di sei in sei mesi, al 1.° gennaio e al 1.° luglio di ciascun anno, convenendo che sei mesi si dovranno pagare con anticipazione, e la rendita si estingua

nel 1.° aprile seguente, i sei mesi che si dovettero pagare con anticipazione vanno in beneficio del creditore, in modo che non solo se sieno stati pagati non dovrà restituire cosa alcuna, ma ancora se non lo sieno stati, egli o i suoi eredi potranno domandarli per intero; ma costoro non potranno domandare i tre mesi che sono decorsi dal 1.° di gennaio, giorno della costituzione della rendita, sino al 1.° aprile seguente, giorno della sua estinzione; giacchè questi tre mesi sono stati pagati; essi lo sono stati con *anticipazione*. E se la rendita siasi estinta nel 1.° aprile dell'anno seguente, colui che ne gode avrà avuto dritto 1.° alla danda che dovè pagarsi con anticipazione; 2.° a quella maturata al 1.° luglio susseguente alla costituzione; e 3.° a quella maturata al 1.° gennaio seguente; ma non ai tre mesi decorsi da quest' ultima epoca sino al momento in cui la rendita siasi estinta; e così continuando.

176. Avviene pure talune volte che senza convenire di doversi pagare una danda anticipatamente, si conviene nondimeno che la danda al tempo della estinzione della rendita sarà dovuta per intero. Non avendo siffatta stipulazione cosa alcuna d' illecito, poichè è a piacere delle parti il determinare la misura della rendita come sembra loro convenevole, essa avrebbe similmente il suo effetto.

177. Fu giudicato dal Parlamento di Parigi, con decisione del 30 luglio 1766, riferita nel Repertorio di Merlin, alla voce *Pensione*, § 1.°, che

la danda della pensione cominciata a decorrere era dovuta per intero ai direttori o direttrici di pensioni. Ciò può giustificarsi con la considerazione che una gran parte delle spese fatte dai direttori di pensione, come quelle di abitazione, gli onorarî ai maestri ec., non si fanno giorno per giorno, ma generalmente ad anno o a termini più brevi, ma periodici.

178. Circa alle persone che hanno dritto alle annualità di pensioni scadute a morte de' militari titolari, *V.* il decreto del 1.° luglio 1809; *Bullettino*, n.° 4476.

179. Non può stipularsi che la rendita vitalizia non sia soggetta a sequestro, se non quando sia stata costituita a titolo gratuito; art. 1981 c. c.= *1853 ll. cc.* Diversamente una persona formando de' suoi beni una rendita vitalizia, froderebbe impunemente i suoi creditori. Ma quando la rendita le sia stata donata o legata, la ragione non è più la stessa, e il donante o testatore potè dichiarare che la rendita non sarebbe soggetta a sequestro; allora si applica il n.° 3 dell'art. 581 del Codice di procedura = *671 ll. pr. civ.*, il quale dichiara non potersi sequestrare le somme o le cose disponibili che il testatore o il donante ha dichiarato non suscettive di sequestro.

E se la rendita o pensione sia stata donata o legata a titolo di alimenti, non può similmente sequestrarsi, in virtù del n.° 4 del medesimo articolo, quando anche il testamento o l'atto di do-

nazione non abbia vietato espressamente il sequestro di esse.

Nell' uno e nell'altro caso però la rendita o pensione può essere sequestrata da creditori posteriori all' atto di donazione, o posteriori all' apertura del legato: ma ciò non potrà aver luogo che dietro la permissione del giudice, e per quella sola porzione ch' egli medesimo determinerà; art. 582 *ibid.* = 672 *ibid.*

180. Allorchè la rendita vitalizia donata o legata sia stata dichiarata non soggetta a sequestro dal donante o dal testatore, o quando sia stata dichiarata tale dalla legge, per essere stata donata o legata a titolo di alimenti, il debitore della rendita non può, per dispensarsi di pagarne le annualità al creditore, opporgli la compensazione (art. 1293 c. c. = *1247 ll. cc.*), se pur tuttavolta ciò non fosse, come si è detto, per un debito posteriore alla donazione o all' apertura del legato, in virtù della permissione del giudice, e per la somma che ei determinasse; imperocchè è giusto che chi fosse ammesso a sequestrare la rendita possa opporre la compensazione nel medesimo caso e colle stesse limitazioni.

181. La rendita vitalizia non si estingue colla morte civile del proprietario; deve continuarsene il pagamento a' suoi eredi durante la sua vita naturale; art. 1982 c. c. = *1854 ll. cc.*

Nei contratti le voci *vita*, *morte*, s' intendono generalmente della vita naturale, della morte na-

turale, e non della morte civile, la quale essendo un caso estremamente raro e malagurato, non potè prevedersi da' contraenti. Diverso è in materia di usufrutto, sebbene stabilito con contratto, ed anche del dritto di precapienza il quale non può convenirsi che in un contratto di matrimonio (art. 617 e 1517 c. c. = *542 ll. cc.*); ma primieramente circa il dritto di precapienza, ciò ha sofferto qualche dubbio, come fu da noi spiegato nel titolo *del Contratto di matrimonio*, tomo XV, n.° 191, ove adducemmo le ragioni che fecero così risolvere; e circa all' usufrutto, siccome le massime che lo regolano ci sono provvenute dal Dritto romano, nel quale l' usufrutto non si estingueva col cangiamento di stato (1), non si credette giusto, forse a torto, nel caso in cui sia stato costituito a titolo oneroso, di far passare agli eredi dell'usufruttuario che ha subìto la morte civile, il godimento ch' egli aveva, e sino alla sua morte naturale; giacchè la ragione sarebbe la stessa che per la rendita vitalizia, poichè il dritto di usufrutto può essere ceduto, venduto, locato, e quindi non è mestieri che l' usufruttuario goda e coltivi da sè stesso.

182. È chiaro altresì che quando la rendita vitalizia sia costituita sulla vita di un terzo, la morte civile di questo terzo non la fa cessare: debb' es-

---

(1) Pel massimo e medio cangiamento di stato, ed anche prima di Giustiniano pel minimo, *minima capitis deminutione*.

sere continuata per tutta la sua vita naturale, o al creditore se viva ancora, o a' suoi eredi, se sia morto o muoia in seguito.

183. Finalmente siccome la rendita vitalizia non è dovuta al creditore se non sotto la condizione che esista la persona sulla cui vita fu costituita, ed ogni attore deve provare il suo dritto (art. 1315 c. c. = *1269 ll. cc.*), da ciò segue che il proprietario di una tale rendita non può domandare le annualità se non giustificando l'esistenza sua, o della persona sopra la cui vita è stata costituita; art. 1983 c. c. = *1855 ll. cc.*

Avviene di tal caso come di quello di un credito ordinario, ma contratto sotto condizione: il creditore non potrebbe domandarne il pagamento che coll' obbligo di provare di essersi verificata la condizione: or il creditore di una rendita vitalizia ha un credito condizionale di ciascun giorno, e la condizione è la sua esistenza o quella della persona sulla cui vita fu costituita la rendita. Non ispetta dunque al debitore il provare che la rendita sia estinta, come un debitore di un debito ordinario sarebbe tenuto a provare la sua liberazione, dopo però che il creditore avesse giustificato il suo credito (succitato art. 1315 c. c. = *1269 ll. cc.*); spetta pel contrario al creditore della rendita di fare la pruova che questa rendita, per ragione della quale domanda le annualità, sussisteva all' epoca della scadenza di queste medesime annualità: finchè ciò non esegue, la sua domanda dovrà dichia-

rarsi inamessibile *allo stato*, ed egli esser condannato alle spese.

184. E se per trent' anni non potesse egli fare tale giustificazione, o se per tutto lo stesso tempo non domandasse alcuna annualità, il dritto di rendita sarebbe estinto colla prescrizione; imperocchè tutte le azioni, tanto reali che personali, si prescrivono con trent' anni, senza che si possa opporre a colui che invoca la prescrizione l' eccezione dedotta dalla mala fede; art. 2262 c. c.=*2168 ll. cc.*

Le domande successive che il creditore avesse fatto per ripetere le annualità neanche avrebbero interrotto la prescrizione, attesochè una domanda rigettata non interrompe la prescrizione; art. 2247 c. c. = *2153 ll. cc.*

Converrebbe dir lo stesso, ancorchè si fosse egli limitato ad avanzare delle domande semplicemente per interrompere la prescrizione, non potendo ottenere il pagamento delle annualità, per non poter giustificare l' esistenza della persona sulla cui vita fu costituita la rendita: essendo state rigettate siffatte domande, come dovevano esserlo, non potettero avere per effetto d' interrompere la prescrizione.

185. Ai termini dell' art. 2277 c. c. = *2183 ll. cc.*, le annualità delle rendite vitalizie, o altre, si prescrivono col decorso di cinque anni; per conseguenza la domanda che comprendesse annualità decorse da più di cinque anni all' epoca in cui fosse avanzata, non sarebbe ammessibile per queste me-

desime annualità : non varrebbe che per quelle decorse da meno di cinque anni.

Ed il Codice in tal caso del pari che in quelli preveduti nell' art. 2275 c. c. = *2181 ll. cc.*, non riserva al creditore la facoltà di deferire il giuramento al debitore, affinchè egli affermi con giuramento che le annualità domandate non sono più dovute: la prescrizione ha un effetto assoluto.

186. Circa al modo di provare l' esistenza delle rendite vitalizie sullo Stato , *V.* il decreto del 21 agosto 1806, *Bullettino*, n.º 1849.

FINE DEL TITOLO DE' CONTRATTI ALEATORI.

TITOLO XIII.

Del Mandato.

Osservazioni preliminari.

SOMMARIO

187. *In che è simile ed in che diverso il contratto di mandato da quello di deposito.*
188. *Osservazione sul luogo in cui è collocato nel Codice il titolo del deposito.*

187. Il mandato, al pari che il deposito, è generalmente un atto di fiducia e di amicizia : quegli che se ne incarica ha per oggetto, come il depositario, di rendere un servizio a colui che gliene dà l' incarico ; ma questi contratti differiscono tra loro sotto molti riguardi, e specialmente pel modo come si formano.

In fatti non puossi concepire un deposito senza la consegnazione di una cosa che ne formi l'oggetto ; mentre che il mandato generalmente non richiede la consegnazione di una cosa qualunque per la formazione del contratto ; esso si forma col solo consenso delle parti ; per cui vien detto nella dottrina che il deposito è del numero di quei contratti *qui re perficiuntur*, mentre che il mandato è del numero di quelli *qui solo consensu perficiuntur*. Il deposito consiste generalmente nel semplice deposito di una cosa, e soltanto in casi ra-

rissimi il depositario, oltre della custodia dell'oggetto, deve fare qualche cosa. Al contrario il mandato consiste nell'obbligazione pel mandatario di *fare* qualche cosa, e se vi si aggiunge talune volte l'obbligazione *di custodire*, è come accessoria, come conseguenza dell'obbligazione di fare la cosa.

Il mandato, *mandatum*, viene da *manu data in manum*, perchè gli antichi, al pari di noi, consideravano come un segno di fede e di amicizia tra due persone l'atto di darsi la mano: *quod data manu dextra fidem mandatæ susceptæque operæ invicem alligabant.*

188. Nel disporre le leggi che compongono il Codice civile, i compilatori di questo Codice non si mostrarono, circa al luogo che occupa il mandato, così scrupolosi osservatori di una esatta e teorica distribuzione delle materie, quanto i compilatori delle Instituta di Giustiniano. In fatti costoro dopo di aver parlato (senza separarli) dei quattro contratti (*nominati*) *reali*, i quali si formano RE, cioè: *mutuum, commodatum, depositum et pignus*, trattano de' contratti *consensuali*, i quali sono puranche quattro: *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas et mandatum*, e ne parlano in quattro titoli consecutivi. Mentrechè i compilatori del Codice civile invertirono quest'ordine, interamente ragionevole e didascalico: essi parlano immediatamente della vendita (1), della locazione e della società; ma

(1) Che fecero seguire immediatamente dalla *permuta*, per la sua grande analogia colla vendita.

circa al mandato, il qual contratto si forma similmente col solo consenso delle parti, lo pongono dopo le due specie di prestito ed il deposito, che sono tre contratti *reali*, e sarebbe stato più convenevole seguire anche in tal punto l' ordine delle Instituta di Giustiniano.

Del resto riguardo a questo contratto essi adottarono un ordine di distribuzione semplice e naturale:

Trattano in prima della natura e della forma del mandato;

In secondo luogo, delle obbligazioni che ne nascono pel mandatario;

Di poi di quelle del mandante;

Ed in quarto luogo finalmente, de' modi come finisce il mandato.

Seguiremo ancor noi questa divisione.

CAPITOLO PRIMO

Della natura e della forma del mandato.

SOMMARIO

189. *Definizione del mandato secondo il Codice.*

190. *In qual senso il Codice intende che il mandato sia una facoltà data al mandatario.*

191. *Definizione del mandato secondo l' autore.*

192. *È d' uopo che la cosa che si assume l' incarico di fare sia lecita.*

193. *Conviene che sia determinata o almeno determinabile.*

194. *E che il mandatario possa far la cosa.*

195. *Il mandato è un contratto di beneficenza; puossi però nel*

nostro Dritto convenire una mercede : Dritto romano su tal punto.

196. *Come distinguere il mandato con mercede da un contratto di locazione.*

197. *In molti casi il mandato è tacitamente convenuto con mercede.*

198. *Se sia necessario, perchè vi sia mandato secondo il Codice, che il mandante incarichi il mandatario di agire nel nome di esso mandante ; e transitoriamente dell' effetto delle dichiarazioni per persona nominanda, nota.*

199. *Differenza, soprattutto nel caso di compra d' immobili, tra il caso in cui il mandatario contratta nel suo proprio nome, e quello in cui contratta in nome del mandante.*

200. *Nell' interesse di chi può darsi il mandato : disposizioni del Dritto romano a tal riguardo.*

201. *Interpetrazione di una di queste disposizioni sul caso di un mandato conferito nel solo interesse di un terzo.*

202. *Non devonsi confondere le semplici raccomandazioni col mandato : differenze.*

203. *Continuazione.*

204. *Il mandato conferito per fare una cosa che si trovasse già fatta, è senza effetto : conseguenza.*

205. *Generalmente il mandante si reputa che faccia da sè stesso la cosa di cui ha incarico il mandatario : conseguenze.*

206. *Il mandatario non può nè da sè stesso, nè per mezzo di interposta persona, rendersi aggiudicatario de' beni che ha incarico di vendere.*

207. *Locchè non impedisce che una persona la quale ha ricevuto da uno facoltà di comprare la tal cosa, e dall' altro di venderla, faccia validamente la doppia operazione.*

208. *Non posso dare a qualcuno la facoltà di comprarmi una cosa che gli appartiene ; conseguenza.*

209. *Disposizione del Dritto romano sul caso in cui ho donato ad uno de' comproprietarî di una cosa il mandato di comprarla per me.*

210. *Continuazione di tal caso.*

211. *Altra disposizione del Dritto romano sul caso in cui ho dato a qualcuno la facoltà di vendere una cosa che io possedeva in buona fede, ed egli l' abbia venduta e consegnata ignorando che gli apparteneva : come vien risoluto questo caso nel nostro Dritto.*

212. *Testo dell' art. 1990 circa alle persone che possono essere nominate per mandatarî, e discussione su questo articolo.*

213. *Il mandante deve essere capace di fare da sè stesso la cosa che commette alle cure del mandatario.*

214. *Il mandato si forma col solo consenso; l'atto col quale vien accordato non n' è che la pruova, la quale può farsi anche con testimoni nel caso in cui la legge ammette questa specie di pruova.*

215. *La procura con atto autentico può farsi in brevetto.*

216. *L' atto in iscrittura privata contenente la procura non ha bisogno di esser fatto in doppio originale.*

217. *Anche nel caso in cui il mandato sia convenuto con mercede.*

218. *Se vigente il Codice vi sieno mandati taciti come nel Dritto romano e nella nostra antica giurisprudenza?*

219. *Del caso in cui una moglie sia abituata a fare i negozi di suo marito, di sottoscrivere le sue obbliganze e le sue fatture.*

220. *Se si reputi che un domestico abbia facoltà dal suo padrone per prendere le provviste a credito.*

221. *Facoltà che risultano per un patrocinatore dalla consegnazione delle carte a lui fatta.*

222. *Facoltà risultante per l' usciere dalla consegnazione della copia di prima spedizione o della sentenza, e di una semplice obbliganza.*

223. *Se la facoltà di vendere o di locare contenga quella di ricevere il prezzo della vendita o il fitto; rimessione ad un volume precedente.*

224. *Il mandato si accetta espressamente o tacitamente: da che risulta l' accettazione tacita.*

225. *Il mandato può darsi condizionatamente.*

226. *Può esser dato* ex die *o* usque ad diem.

227. *È speciale o generale.*

228. *Effetti del mandato conceputo in termini generali.*

229. *Continuazione.*

230. *Continuazione.*

231. *Il mandatario non può eccedere le facoltà accordategli col mandato; conseguenza.*

232. *Se le ha ecceduto, non ha eseguito il mandato: esempio.*

233. Quid *se il mandatario ha comprato per un prezzo differente da quello stabilito col mandato?*

234. *Continuazione.*

235. *Continuazione.*

236. *Continuazione.*

237. *Continuazione.*

189. Il Codice (art. 1984 c. c. = *1856 ll. cc.*) definisce così il mandato: « Il mandato o la pro-« cura è un atto col quale una persona dà ad una « altra la facoltà di fare qualche cosa per essa, ed « in suo nome.

« Il contratto non è perfetto se non coll' accet-« tazione del mandatario. »

Fino a quel tempo in fatti non potrebbe esservi *contratto*, ma soltanto un *atto*, e questo atto è una semplice procura; imperocchè la procura è l' atto il quale esprime la volontà di colui che dà le facoltà, e l' accettazione di queste facoltà trasforma in un contratto, in contratto di mandato, questa medesima procura. Considerando la cosa sotto questo duplice aspetto, i compilatori del Codice dissero che *il mandato* o *procura è un atto* col quale una persona dà ad un' altra la facoltà di fare qualche cosa per essa ed in suo nome: considerarono dapprima il mandato nella sua origine, cioè considerando unicamente l' espressione di volontà della persona che dà le facoltà; e quindi considerando il mandato come contratto; richiedono con ragione l' accettazione del mandatario, il concorso delle due volontà, per essere perfetto.

190. Sembrerebbe del resto, secondo tale definizione, che il mandato fosse semplicemente una *facoltà* data al mandatario di fare la cosa che forma l'oggetto dal mandato; mentre che il mandante intende, ordinariamente almeno, *dargli incarico* puranche di fare questa cosa; ma tale espressione *facoltà* è

una conseguenza della definizione vaga che il Codice dà di simile contratto : in effetti la procura non contiene altro che una facoltà , e l'accettazione di essa ne forma in generale un obbligo pel mandatario , il quale non solo ha con ciò la *facoltà* di far la cosa , ma di più *deve* farla , sotto pena di danni ed interessi , salvo il caso in cui può dipartirsi dal mandato , o essere dichiarato scusabile di non averlo eseguito : *Sicut liberum est mandatum non suscipere , ita susceptum consummari oportet* ; l. 22 , § 11 , ff. *Mandati. Et si susceptum non impleverit , tenetur* ; l. 5 , § 1 , ff. *dict. tit. Qui mandatum suscepit , si potest id explere , deserere promissum officium non debet* ; l. 27 , § 2 , ff. *eod. tit.* Infine , *Non tantum pro his quæ gessit , sed etiam pro his quæ gerenda suscepit , tenetur* ; l. 11 , Cod. *Mandati.*

Possono nondimeno presentarsi casi in cui il mandato propriamente detto , cioè la procura accettata , contenesse una semplice facoltà pel mandatario di far la cosa indicata, senza obbligo per lui di farla ; perchè il mandante si fosse interamente affidato a tal riguardo alla sua saviezza ed al suo modo di vedere. Ciò s' interpreterebbe secondo le parole stesse del mandato, le circostanze nelle quali fosse intervenuto, ed anche secondo la natura della convenzione : per esempio , la facoltà di transigere , senza esprimersi le condizioni con cui dovesse o potesse farsi la transazione , costituirebbe generalmente una facoltà discrezionale pel mandatario.

191. Noi reputiamo di potersi definire il mandato: il contratto con cui una persona dà incarico a taluno di fare per essa, e generalmente in suo nome, qualche cosa che sia lecita, o gratuitamente, o mediante una mercede.

È in conseguenza un *contratto*, che per formarsi ha bisogno del concorso della volontà del mandatario con quella del mandante intorno alla cosa che trattasi di fare.

192. Bisogna che la cosa o il negozio sia *lecito;* giacchè se fosse contraria alla legge o al buon costume, l'accettazione di un tale incarico non sarebbe obbligatoria, e perciò a chi l'avesse dato non competerebbe alcuna azione contra chi l'avesse accettato, per non essersi dal medesimo fatto la cosa di cui era stato incombenzato; e questi dal canto suo lungi dall'avere un'azione contra colui dal quale fosse stato di ciò incaricato, sarebbe generalmente punibile se vi avesse adempito. Lo stesso mandante potrebbe in generale esser puranche perseguitato e punito come complice del fatto. *Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contra bonos mores est: veluti, si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de facienda injuria mandet tibi. Licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen nullam habes adversus Titium actionem;* § 7, Instit. *de Mandato.*

193. Fa d'uopo che il mandato, al pari degli altri contratti, abbia qualche cosa di certo o almeno di determinabile secondo le circostanze in cui

interviene; imperocchè se io do incarico a taluno di far qualche cosa per me, senza dirgli quale, ovvero di comprarmi una cosa senza dire in che debba essa consistere, non è questo un mandato: o io ho voluto scherzare, o vi è stata dimenticanza da parte mia, lo che rende il contratto nullo per vizio di errore, come lo è per mancanza di oggetto.

194. È mestieri ancora che il mandatario possa far la cosa di cui viene incaricato, cioè che non siavi in lui impedimento per natura o per legge a farla. Così, in Roma io non avrei potuto dare ad un muto mandato di stipulare per me la tale cosa con Tizio, poichè la stipulazione doveva esser fatta con adoperar *parole*; ed appresso noi non potrei dare ad un morto civilmente mandato di rappresentarmi in giudizio, giacchè un morto civilmente non può stare in giudizio nè da attore, nè da convenuto, fuori che col ministero di un curatore che gli vien nominato dal tribunale avanti il quale è introdotta l' azione; art. 25 c. c.

Nè tampoco potrei dare validamente mandato ad un tutore di comprare per me i beni del minore, i quali debbono vendersi giudiziariamente, sia ad istanza de' creditori, sia per pagar debiti; impercìocchè il tutore più non rappresenterebbe con efficacia bastante il minore. Si potrebbero facilmente moltiplicar gli esempî, ma bastano questi.

Quando però per mancanza semplicemente di abilità non potè il mandatario eseguire il mandato, questa mancanza di abilità non viene considerata co-

me una incapacità, attesochè il mandatario ha la colpa di essersi addossato un affare senza aver prima esaminato abbastanza se potesse riuscirvi.

195. Il mandato nel nostro Dritto è ordinariamente un contratto di beneficenza: tale è *per natura sua.* In vece che secondo le regole del Dritto romano, era *essenzialmente* gratuito. La convenzione di un prezzo ne avrebbe formata una locazione, ovvero un contratto innominato, secondo che il prezzo fosse consistito in danaro o in altra cosa (1).

Purtuttavolta gli stessi giureconsulti romani avevano cominciato ad allontanarsi da questa regola, senza per altro abbandonarla interamente (2): erasi da essi alla fine ammesso di potersi promettere dal mandante una mercede, *honorarium aut salarium*, non solo dopo, ma anche in tempo del mandato, senza che perciò il contratto si trasformasse in locazione; e davano al mandatario, per ottenerne il pagamento, un' azione straordinaria, *persecutio extraordinaria*, ma non l' azione di mandato, poichè questo contratto era essenzialmente gratuito. Il nostro Codice fece di più, giacchè sebbene dichiari che il mandato è gratuito, autorizza formalmente il patto in contrario; art. 1986 c. c.=*1858 ll. cc.*

196. In conseguenza la natura della convenzione sarà quella che servirà a distinguere un mandato

—

(1) *V.* la l. 1, § 4, ff. *Mandati vel contra.*
(2) *V.* ll. 6 e 7 *eod. tit.*, e l. 1, Cod. *dict. tit.*

con salario da una locazione d'opera o di servizî: si dirà di essere una locazione in tutti i casi in cui si tratterà di un lavoro manuale; per esempio, se io do incarico ad un falegname di farmi una tavola, un letto, col legno che gli somministro, mediante un certo prezzo, sarà questa una locazione, e non un mandato; ma se do incombenza a taluno di andarmi a rappresentare in Lione nel tale fallimento in cui sono interessato, o di comprare per me una data cosa, ovvero di vendere i miei beni, con promessa di sborsargli una certa somma per le sue cure ovvero pel servizio che mi presterà, è questo un mandato, e non già un contratto di locazione. Tale distinzione è vieppiù ne' nostri costumi che nelle nostre leggi, se mai possiamo così esprimerci.

197. Del resto, quantunque il mandato sia gratuito per natura sua, ciò nulladimeno è vero soltanto nel caso in cui si possa considerarlo quale ufficio amichevole, e non quando sia l'esercizio di una professione. In quest' ultimo caso è dovuto il salario secondo la natura del negozio ed al prezzo stabilito dalla legge o dall'uso: esso reputasi stipulato e promesso. Tale è il caso in cui io do incarico ad un patrocinatore di difendermi in una data causa, ad un agente di cambio di vendermi o comprarmi rendite sullo Stato, ad un commissionato di vendermi vini, ec., ec.: in tutti questi ed altri simili casi, io debbo il salario di uso, giacchè è tacitamente convenuto.

198. Il Codice dice che il mandato consiste nella facoltà data a qualcuno di fare qualche cosa pel mandante *ed in suo nome;* ma perchè siavi mandato con tutti i suoi soliti effetti tra il mandante ed il mandatario, non è d' uopo nnlladimeno che questi abbia contratto in nome di quello. Se, per esempio, volendo io avere una cosa la quale so che il proprietario non vorrebbe vendermi, do incarico a Paolo di comprarmela, è chiaro di esservi mandato parimenti come se avessi incombenzato Paolo di comprare questa cosa in mio nome: egli sarà obbligato verso di me come io lo sarei verso di lui. Nel Dritto romano, il mandatario anche contrattava sempre in nome proprio, sia che il terzo con cui contrattava avesse o pur no conoscenza del mandato. In generale non poteva pure avvenir diversamente, stante il canone, così severamente osservato in quella legislazione, non esser lecito di stipulare per altri, non esser lecito di acquistare una azione per un terzo (1). Adunque gli effetti del mandato erano concentrati tra il mandante ed il mandatario (2), e competeva al medesimo un' azione contra il terzo col quale aveva contratto, come reciprocamente spettava a quest' ultimo un' azione contro di lui, secondo la specie di negozio che eravi stato tra loro. I nostri commessionati, in materia commerciale, sono tanti veri mandatarî,

(1) L. 11, ff. *de Oblig. et act.*, e § 4 Instit. *de inutil. stipul.*
(2) Salvo la cessione delle azioni.

e contrattano coi terzi in due modi: o *in loro proprio nome*, o sotto un nome sociale, per conto di un commettente, ovvero *in nome di un commettente*; art. 91 e 92 c. com. = *87 e 88 ll. ecc. com.* Nel primo caso reputasi che il negozio avvenga, come in effetti avviene, tra il commessionato ed il terzo col quale esso contratta; nel secondo, si stima di avvenire soltanto tra il committente ed il terzo; lochè vuol dire il precitato art. 92 con queste parole: « I doveri e i dritti del commessionato che tratta a nome di un commettente, sono determinati dal Codice civile, lib. III, tit. XIII (titolo *del Mandato*).

È dunque incontrastabile che per esservi mandato, vigente il Codice civile, con tutti i suoi ordinarî effetti tra il mandante ed il mandatario, non fa d'uopo che quest' ultimo abbia incarico di contrattare in nome del mandante, che faccia conoscere ai terzi colui nell' interesse del quale tratta: quei che comprano nelle vendite pubbliche o giudiziarie, ed anche nelle vendite ordinarie, per persona da nominare, sono ordinariamente incaricati da qualcuno di far la compra, e non fanno essi conoscere all' istante medesimo del contratto, ma entro i termini di dritto, il nome della persona per cui hanno acquistato (1).

---

(1) Giusta l' art. 68 della legge del 22 glaciale anno VII *sul Registro*, quando *nell' atto di aggiudicazione o nel contratto di vendita sia stata riservata* la facoltà di nominare una persona, e la dichiarazione venga fatta con atto pubblico e notificata *fra ore ven-*

Definendo il mandato: « un atto col quale una « persona dà ad un' altra la facoltà di fare qual- « che cosa per essa *ed in suo nome* », i compilatori del Codice civile adunque non intesero di da-

---

tiquattro, è dovuto un semplice dritto fisso di un franco. Al contrario, secondo i num. 328 e 342 della medesima legge, vi ha luogo ad un nuovo dritto graduale, se la dichiarazione non sia stata fatta (e per atto pubblico) entro ore ventiquattro, o se nell' atto di aggiudicazione o nel contratto di vendita non siasi riserbata la facoltà di eleggere.

Varî arresti della Corte di cassazione, riferiti nel Repertorio di Favard de Langlade alla parola *Persona da nominare*, giudicarono che la notifica della dichiarazione della persona nominanda prescritta dalla suddetta legge, debbe farsi alla regìa, in persona del suo incaricato, attesochè, essendo la persona da nominare perloppiù lontana dal luogo dove si è fatta l' aggiudicazione o la vendita, sarebbe impossibile in questi medesimi casi di obbedire al voto della legge, la quale prescrive di fare tale notifica fra ore ventiquattro dal giorno dell' aggiudicazione o del contratto di vendita.

Risulta evidentemente da ciò di non esser necessario che l' accettazione del terzo, persona da nominare, si faccia e si notifichi tra ore ventiquattro.

L' art. 709 c. pr. = *793 ll. pr. civ.* dice che il patrocinatore ultimo offerente *nel termine di tre giorni dall' aggiudicazione* è tenuto a dichiarare l' aggiudicatario ed a presentare la di lui accettazione: diversamente dovrà esibire il di lui mandato, che resterà annesso all'originale della dichiarazione; ed in caso di mancanza, egli medesimo sarà considerato come aggiudicatario in suo proprio nome.

Questa dichiarazione si fa in cancelleria, e non bisogna che si notifichi alla regìa: per tal riguardo non è applicabile la legge di glaciale. Ma secondo una istruzione della regìa, citata da Carré nelle sue *Quistioni* su questo art. 709, il patrocinatore dovette riserbarsi nell' atto di aggiudicazione la facoltà di nominare l' aggiudicatario, altrimenti il medesimo non godrebbe del beneficio di essere esentato, come persona da nominare, dal dritto graduale per la tradizione che gli vien fatta dell' immobile acquistato. Adunque il patrocinatore sarebbe considerato come aggiudicatario per se ed in suo proprio nome.

re una definizione rigorosamente limitativa; ma ebbero in mira i casi più ovvî, e nel tempo stesso vollero definire il mandato che obbliga direttamente il mandante verso il terzo col quale il mandatario contrattò, e non il mandatario stesso, e che attribuisce direttamente anche al mandante l'azione contra il terzo; a differenza del Dritto romano nel quale, come pocanzi abbiam detto, le azioni risultanti dall' operazione fatta dal mandatario col terzo si concentravano in persona loro ed in quella de' loro eredi, e non passavano al mandante, o contra di di lui, fuorchè mediante una cessione fatta dal mandatario (1).

199. Ma avvi questa importante differenza tra il caso in cui il mandatario contratta in nome suo, e quello nel quale contratta in nome del mandante, che nel primo egli realmente e non il mandante è parte nel contratto, ed in conseguenza qualora trattisi della compra di un immobile, egli è l' acquirente, salvo gli effetti della dichiarazione della persona da nominare, effettuata nei termini

---

(1) In prosieguo questa regola fu modificata in taluni casi: così in ispecie nella legge 13, § 25, ff. *de Actionib. empti et vend.*, è detto che se io abbia dato a qualcuno il mandato di vendere un fondo, mi compete contra il compratore l' azione di vendita *utilis;* come a vicenda compete a lui contro di me, *ad exemplum institoriæ actionis.* Ma il mandatario aveva pure contra il compratore l'azione risultante dal contratto di vendita, e reciprocamente il compratore l' aveva contro di lui, poichè il contratto era tra essi intervenuto.

Vedi altri casi, ne' quali la regola fu ugualmente modificata, nelle ll. 14, § *ult.*, 15 ff. *de Const. pecun.*, e 5 ff. *de Stip. præt.*

legali. Donde segue che, fuori il caso di tale dichiarazione, il mandatario è quello ch'è divenuto padrone dell'immobile, e la tradizione che ne fa poi al mandante è una nuova trasmissione di proprietà, sottoposta ad un nuovo dritto di mutazione. L'immobile è stato colpito dall'ipoteca legale della moglie del mandatario, o del minore di cui il medesimo avesse la tutela, quando anche la tradizione al mandante avvenisse immediatamente dopo la vendita. Adunque a questo stesso oggetto vi vorrebbe un atto di trasmissione dal mandatario al mandante, altrimenti costui non diverrebbe realmente proprietario, ed i creditori del mandatario potrebbero sempre far pegnorare e vendere a suo danno questo immobile.

All'opposto, allorchè il mandatario contratta in nome del mandante, egli non è altro propriamente parlando che un vivo istrumento di cui quest' ultimo si è valso per contrattare: egli è riputato parte nel contratto, e non il mandatario; egli diviene proprietario della cosa comprata, qualora si tratti di compra, e perciò avvi un solo cambiamento di proprietà: per cui è egli direttamente soggetto all' azione del terzo, e non il mandatario. In vece che nel primo caso, il terzo avrebbe azione contra il mandante solo in qualità di creditore del mandatario, e come sperimentante i dritti del suo debitore in faccia al mandante, per applicazione della regola generale dell' art. 1166 c. c. = *1119 ll. cc.* Queste importanti differenze spiegano benissimo per-

chè nel nostro Dritto i mandatarî contrattano perloppiù in nome del mandante; ma ciò, ripetiamolo, non è di rigore perchè vi sia vero mandato con tutti i suoi effetti tra il mandante ed il mandatario.

200. L' articolo in esame dice pure che il mandato è un atto col quale una persona dà ad un'altra la facoltà di fare qualche cosa *pel mandante* ed in suo nome; in vece che le Instituta di Giustiniano, tit. *de Mandato*, dicono, secondo Caio nella legge 2, ff. *Mandati vel contra*, di potersi dare il mandato o nell' interesse del solo mandante, o nell' interesse del mandante e del mandatario, o nell' interesse di un terzo, o nell' interesse del mandante e di un terzo, o in fine nell' interesse del mandatario e di un terzo; ma non nell' interesse del solo mandatario, giacchè allora sarebbe questo un semplice consiglio, in nessun modo obbligatorio per colui al quale fosse dato, e del pari non obbligatorio per chi lo desse (1).

Il mandato vien conferito nell' interesse del solo mandante, per esempio nel caso in cui il medesimo dia incarico a qualcuno di comprargli un fondo, di amministrare i suoi beni, di garantirlo presso un terzo, ec.

È conferito nell' interesse del mandante e del

---

(1) A meno che purtuttavolta il consiglio non si fosse dato con animo di frode, nel qual caso se la persona a cui un simile consiglio si fosse dato ne avesse provato qualche danno, potrebbe essa avere l' azione *de dolo* contro l' autore del consiglio fraudolento. *Vide* l. 47, ff. *de Regul. juris.*

mandatario nel caso in cui il primo incarichi il secondo di mutuare danaro ad interesse a qualcuno il quale deve impiegare questo danaro per suoi affari, di esso mandante.

Nell' interesse del solo terzo, allorchè, per esempio, io vi do incombenza di comprare la tale casa per Tizio, di amministrar gli affari suoi, di garantirlo.

Nell' interesse del mandante e di un terzo, qualora io v' incarico di amministrar beni che ho in comune con Tizio, o di comprar per me e Tizio un fondo, o di garantire Tizio e me per un debito che ci è comune.

In fine nell'interesse del mandatario e di un terzo, per esempio nel caso in cui io vi do il mandato di mutuar danaro ad interesse a Tizio; in vece che se vi dessi incarico di mutuar gratuitamente a Tizio, il mandato sarebbe soltanto nell' interesse di quest' ultimo.

201. Ma a prima vista non si concilia perfettamente il mandato che io do per vantaggio di un terzo soltanto, con la regola di non esservi azione senza interesse; *etenim explorati juris est nemini actionem competere, nisi ei cujus interest*; l. *Qui fundum*, 32, ff. *locati*, *et* § *alteri*, 18 Instit. *de inutilib. stip.* Or non ho io interesse, come si suppone, che il mandatario faccia la cosa che l' ho incaricato di fare pel terzo: stante ciò, egli dunque può impunemente trascurare di eseguir la incumbenza che ha accettata. Ciò sembra tantoppiù evidente, in quanto che l'obbligazione di un man-

datario il quale non adempia al mandato non può in altro consistere, come ogni obbligazione di fare non eseguita, che nei danni ed interessi verso il mandante, e gli stessi danni ed interessi consistono unicamente nella perdita sofferta e nel guadagno mancato, *damnum immergens et lucrum cessans:* or precisamente io non soffro alcuna perdita per l'inadempimento del mandato conferito realmente ed unicamente nell'interesse di un terzo, e questo inadempimento nè tampoco mi priva di alcun utile. Laonde Ulpiano, nella legge 8, § 6, ff. *Mandati*, dice che l'azione di mandato non può aver luogo a favore del mandante, se non quando costui avesse interesse per la esecuzione del mandato, e soltanto sino alla concorrente quantità di tale interesse: *Mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse ejus qui mandavit; cæterum si nihil interest, cessat mandati actio. Et eatenus competit quatenus interest.* Stante ciò, come mai dunque riconoscere di potersi dare validamente il mandato nel solo interesse di un terzo, in modo da produrre un'azione contra il mandatario, se questi, malgrado la sua promessa, non l'esegua?

Si danno varie spiegazioni di questo dubbio. Alcuni, come Pothier (1), dicono che sol perchè io do mandato a Sempronio di fare un negozio con-

---

(1) Trattato *del Contratto di Mandato*, n.° 17. « Per esempio, « dice quell' autore, se avendo Pietro, mio amico, intrapreso un « viaggio senza incaricar alcuno de' suoi affari, io vi ho incaricato « di far le sue vendemmie, questo mandato interviene *aliena tan-*

cernente Tizio, disimpegno l' affare di quest' ultimo; che, qual gestore degli affari di Tizio, sono obbligato verso di lui e tenuto dell' azione *negotiorum gestorum directa ;* in conseguenza che ho interesse acciocchè questo affare di Tizio, di cui ho incaricato Sempronio, sia da costui fatto e ben fatto, e per questo stesso motivo ho contro di lui l'a-

---

« *tum gratia*. Le vendemmie di Pietro, di cui con tal mandato vi ho « dato incumbenza, essendo un affare ch'è interamente affare di Pie« tro, e che in nulla mi concerne, questo mandato interviene *alie*« *na tantum gratia*. Non lascia nulladimeno di esser valido, giac« chè incaricandovi di questa vendemmia, ne divento io stesso in« caricato verso di Pietro, e perciò ho interesse che me ne rendiate « conto, perchè possa anch' io renderne conto a Pietro. »

Non ci sembra esatto il dire che sol perchè io dia mandato a qualcuno di far le vendemmie del mio amico, mi obbligo verso di lui, giacchè non ancora m' ingerisco de' suoi affari, e se il mandato rimane senza alcuna esecuzione, io non mi sarei col fatto in alcun modo mischiato negli affari del mio amico, mentre non saranno stati amministrati in guisa alcuna da me : or Pothier mi suppone da principio obbligato verso il mio amico sol perchè io abbia dato mandato a qualcuno di fare le vendemmie di lui, e da questa obbligazione da parte mia fa egli risultare quella del mandatario di eseguire il mandato; ma è questo un cattivo raziocinio, poichè si scambia l'effetto per la causa. Il mandatario che non ha eseguito il mandato, e che io voglio astringere per questo fatto, mi risponde che il terzo nulla può dimandarmi, poichè non ho io disimpegnato i suoi affari, ed il mandato intervenuto fra noi è un contratto nel quale questo terzo non fu parte : or se il terzo non può domandarmi cosa alcuna, io adunque non soffro alcun danno per l'inadempimento del mandato, e non avendo così interesse, non mi può competere azione. Diverso sarebbe se il mandato fosse stato eseguito, ma eseguito male : in tal caso, io mi sarei realmente immischiato negli affari del mio amico per organo del mio mandatario, e poichè i medesimi furono male amministrati, sarei risponsabile verso il proprietario, e per questo stesso motivo il mio mandatario lo sarebbe verso di me per averli male amministrati. Ma Pothier rese troppo generale la sua dottrina.

zione di mandato se non l'abbia fatto e ben fatto.

Comprendiamo benissimo ciò nel caso in cui, amministrando io già gli affari di Tizio, sia come tutore, sia come semplice *negotiorum gestor*, dia mandato a Sempronio di far qualche cosa dipendente dalla mia amministrazione, e senza la quale sarebbe imperfetta; o che avendo io stesso ricevuto incarico da Tizio per mandato di far qualche cosa per lui, incarico Sempronio di far questa cosa: in tali casi in effetti l'accettazione del mandato che ho conferito a Sempronio l'obbliga verso di me; ma ne è motivo di aver io medesimo in realtà interesse per l'esecuzione del mandato, e non è questo evidentemente il caso di un mandato conferito *aliena tantum gratia*. Ma qualora senza di aver ricevuto alcun mandato da Tizio, io incarico Sempronio di pagare il suo debito, o di comprar per Tizio il tale fondo, non vediamo come la mancanza di esecuzione di questo mandato potrebbe attribuirmi un'azione, l'azione *mandati directa* contra Sempronio: costui mi risponderebbe che l'interesse è la misura delle azioni; che appunto per questo motivo non è permesso in generale, anche nel nostro Dritto, di stipulare per altri (art. 1119 e 1165 c. c. = *1073 e 1118 ll. cc.*), e che evidentemente io non ho interesse a dolermi della inesecuzione del mandato; che l'interesse di affezione non viene generalmente considerato in Dritto.

Evidentemente ancora non potrebbe Tizio aver azione contra Sempronio pel mandato da me con-

ferito a quest' ultimo, e non eseguito; giacchè non contrattò con esso lui, ed è massima di non esser lecito desumere un' azione dal contratto altrui; l. 11, ff. *de Obligat. et act.* Questa massima riceve eccezione nei soli casi dalla legge specificati, e fra i quali non è annoverato quello di cui trattasi; art. 1121 e 1165 c. c. = *1075 e 1118 ll. cc.* esaminati ed insiem combinati.

In verità se Sempronio avesse eseguito il mandato, competerebbe a lui contro di me un' azione, *actio mandati contraria*, ed a vicenda competerebbe anche a me contro di lui l'azione *mandati directa*, l. 6, § 4, ff. *Mandati*; ma non trattasi di ciò nella nostra specie: la quistione consiste in determinare se nei casi supposti in ultimo luogo io abbia azione contra Sempronio per non essersi da lui pagato il debito di Tizio o comprata la cosa, come mi aveva promesso di fare, ed indubitatamente non ho azione contro di lui, giacchè manca allora assolutamente il vincolo di ogni obbligazione, l' interesse. È questo anche il parere di Vinnio, il quale spiega in tal senso il § 3 delle Instituta al presente titolo. Quel giudizioso giureconsulto osserva che il mandato conferito nell' interesse di un terzo unicamente, s' intende nel senso di trattarsi in verità da principio dell' interesse del terzo soltanto, e di bastare che poscia il mandante medesimo abbia interesse per la esecuzione del mandato perchè il mandatario sia a questa obbligato e soggetto all' azione *mandati*, se non vi adempia; ma di bisognare al-

meno a tal uopo che questo interesse si ritrovi in persona del mandante, e cita a questo proposito la legge 28, ff. *de Negotiis gestis*, così espressa: *Si quis mandatu Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur: lisque æstimari debet quanto Seii et Titii interest: Titii autem interest, quantum is Seio præstare debet, cui vel mandati, vel negotiorum gestorum nomine obbligatus est: Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quicquam domino præstet: quia id ei abesse videtur, in quo obligatus.* Ed in vero questa legge spiega perfettamente in qual senso il mandato conferito nell'interesse di un terzo soltanto sia obbligatorio per chi l'accettò. Nella specie, Tizio, il quale dette mandato a taluno di amministrar gli affari di Seio, ha azione contra il mandatario che non gli amministrò, o che gli amministrò male, per una somma uguale a quella a cui potrebb'essere egli stesso condannato verso Seio, per aver preso ingerenza negli affari di lui: or se non siasene altrimenti ingerito che dando questo mandato il quale rimase senza esecuzione, non fece nè cagionò alcun danno a Seio, e perciò nulla dovendo a tal riguardo a quest'ultimo, il mandatario da parte sua nè anche gli deve cosa alcuna. Questa disposizione è simile a quella della legge 8, § 6, ff. *Mandati.*

Altri dottori interpretano il § delle Instituta (il quale dice di potersi efficacemente dare il mandato nell'interesse di un terzo soltanto) nel senso che

in questo caso l'interesse dello stesso mandante trovasi unito sin da principio a quello del mandatario: come sarebbe, per esempio, il caso in cui incaricato da voi di fare la tale cosa, io incaricassi poi qualcuno di fare questa cosa. Ma in realtà in tal caso il mandato che io conferissi sarebbe piuttosto nel mio interesse che nel vostro, attesa la mia obbligazione verso di voi: del resto non sarebbe questo evidentemente il caso di un mandato conferito *aliena tantum gratia*, come l'osserva benissimo Vinnio.

Dicendo il Codice civile che il mandato è un atto col quale una persona dà facoltà ad un'altra di far qualche cosa *pel mandante*, par che consideri, come non essendo obbligatorio, il mandato conferito nell' interesse di un terzo soltanto; ma nondimeno, quantunque vi fosse menzionato il solo nome di un terzo, se per le circostanze in cui fosse intervenuto il mandato, il mandante avesse pure realmente interesse che fosse eseguito, allora è indubitato che il mandatario sarebbe obbligato ad eseguirlo e soggetto ai danni ed interessi verso di lui per avervi mancato.

202. Del resto conviene non confondere le semplici raccomandazioni col mandato conferito nello interesse di un terzo: giacchè in generale una semplice raccomandazione fatta in buona fede non obbliga vie più d' un consiglio, ugualmente dato in buona fede, quando anche la persona a cui siasi diretta la raccomandazione abbia fatto qualche spe-

sa a favore della persona raccomandata ; l. 12, ff. *Mandati* : onde dicesi comunemente : *verba aut scripta commendititia non inducere obligationem mandati* ; l. *Fideicommissa*, 11, § 2, ff. *de Legatis* 3.°

Stante ciò, se io dica o scriva a Paolo di poter egli mutuar danaro a Pietro, il quale ne ha bisogno per gli affari suoi, di esser Pietro un uomo onesto, degno di essere servito, di essere altronde solvibile, io non do per questo mandato a Paolo di mutuar danaro a Pietro: non intendo obbligarmi, ma raccomandar qualcuno che sembrami degno d' interesse : l' obbligazione generalmente non si presume.

E quando anche io avessi fatto indiscretamente questa raccomandazione e mi fossi ingannato circa alla solvibilità di Pietro, non sarei perciò garante del mutuo; giacchè io intesi dare un semplice consiglio, o tutto al più fare una semplice raccomandazione (1) ; e se non diedi questo consiglio con animo di frode, non sono tenuto (2). Ma se mi era nota l' insolvibilità di Pietro al momento in cui dissi o scrissi a Paolo di potergli dare a mutuo, questa mala fede da parte mia mi renderebbe soggetto alla garantia, in virtù della regola generale che ogni fatto qualunque dell' uomo che arreca danno altrui, obbliga colui per colpa del quale è avvenu-

(1) Pothier *del Contratto di mandato*, n.° 20.

(2) *Consilii non fraudulenti, nulla obligatio est* ; l. 47, ff. *de Regul. juris.*

*

to, a risarcirlo; art. 1382 c. c. = *1336 ll. cc.*, e *dicta lege* 47, ff. *de regul. juris* (1).

203. In vece che se io dica o scriva a Paolo di mutuare la tale somma a Pietro, o se io rilasci a Pietro una lettera di credito sopra Paolo, per prendere presso costui la tale somma, io do pur con ciò mandato a Paolo, e se il medesimo paghi questa somma o una minore a Pietro, io ne sono garante per ragione del mio mandato. Se Paolo dia a mutuo o sborsi oltre la somma determinata, sono garante non di altro che di siffatta somma. Se la somma non sia stata determinata, se mai siasi detto semplicemente: *vi compiacerete di pagare al tale la somma di cui avrà bisogno*, io sono obbligato per tutta la somma che, secondo le circostanze del fatto, si presumerebbe ragionevolmente di aver voluto garantire, ma non per qualsivoglia somma che fosse a Paolo piaciuto di sborsare a Pietro. In effetti se io scriva ad un amico dimorante in Lione di pagare a mio nipote la somma di cui il medesimo avrà bisogno nella sua residenza in quella città, che dev'essere di due o tre mesi, e questo imprudente amico dia a mio nipote grandi somme, le quali vengano da lui profuse al giuoco o in vaneggiamenti, io non sono garante di tutte queste somme, ma soltanto di quelle che il mandatario potè ragionevolmente credere che avrei io stesso date a mio nipote pei suoi bisogni, se mai fossi stato sopra luogo.

(1) Pothier, *ibid.*

Adunque importa di badar molto alle parole in cui sono espresse le lettere, o di cui fecero uso le parti nel discorso, per conoscere se intesero esse formare il contratto di mandato, o semplicemente fare ed accettare una mera raccomandazione; e nel primo caso, per valutare a che mai si estende il mandato.

Ma queste espressioni: *Vi prego di pagare a N. N. la tale somma;* o *mi farete cosa gradita se pagherete a N. N. ciò chi vi domanderà ;* ovvero, *se avrete la bontà di pagare la tal somma a N. N.; degnatevi di pagare la tale somma*, ed altre simili o analoghe parole, racchiudono evidentemente un mandato.

204. Siccome il mandato si dà per fare qualche cosa, è chiaro che non ha effetto qualora sia intervenuto per fare una cosa che trovavasi già fatta allorchè esso fu dato, o che le parti avessero dubbî a tal riguardo in tempo dell' atto, o che ignorassero perfettamente di essersi già fatta la cosa: tale sarebbe il caso in cui io v'incaricassi di pagare il debito di Paolo, e Paolo al tempo del mandato aveva già soddisfatto questa somma. Tale sarebbe pure il caso in cui vi avessi ordinato di mutuare una data somma a Paolo per una certa destinazione, e voi glie l' avreste già mutuata per lo stesso oggetto nel ricevere che fareste la mia lettera: io non sarei garante del mutuo.

Purnondimeno la persona incaricata di fare una cosa la quale si trovasse già fatta al tempo del man-

dato, potrebbe in taluni casi avere un'azione per ripetere le spese che avesse mai erogate per eseguire l'incumbenza ricevuta; ma non le competerebbe propriamente parlando l'azione di mandato, *actio mandati contraria*, poichè non eravi in realtà valido mandato in simil caso, ma soltanto l'azione *in factum*, risultante dalle spese secondo la volontà di chi aveva dato l'incarico.

205. Poichè si reputa che il mandante faccia da sè stesso ciò che fa per organo del mandatario, ne segue di non esservi valido mandato ogni qual volta io abbia dato a qualcuno un mandato di fare quel che io medesimo non poteva.

Così, non potendo io validamente comprare la mia propria cosa, *quia rei suæ emptio non valet*, non posso in conseguenza dar mandato a taluno di comprarla.

Nondimeno se un terzo possegga una cosa che mi appartiene, ed io ignori di appartenermi, il mandato che do a qualcuno di comprarla è nullo, per massima; ma nondimeno se il mandatario, ignorando pure di esser cosa mia, l'acquisti con danaro proprio, io sono obbligato di restituirgli quel che egli sborsò, come se avesse oprato in virtù di valido mandato, salvo a me il regresso contra il terzo venditore; giacchè non sarebbe giusto che per avermi egli voluto prestare un servizio, fosse esposto a perdere la somma da lui spesa, in caso d'insolvibilità di quest'ultimo.

Benchè fosse pur riconosciuta come vera in Dritto

romano la regola non esser lecito al padrone di una cosa dar scientemente mandato di comprarla, nondimeno *benigne et contra juris rationem* erasi ammessa la validità del mandato nel caso che un debitore dal quale eransi ipotecati beni la cui vendita dimandavasi da' creditori, avesse dato mandato ad un terzo di comprarli; l. 22, § 3, ff. *Mandati.* Ma, secondo l' art. 713 c. pr. = *797 ll. pr. civ.*, i patrocinatori non possono rendersi aggiudicatarî pel debitor pegnorato, e per lo stesso motivo no 'l possono per una persona da lui interposta.

206. Vie maggiormente colui al quale si è semplicemente dato mandato di vendere beni non può rendersene aggiudicatario, nè da se stesso, nè per interposta persona (art. 1596 c. c. = *1441 ll. cc.*), giacchè sarebbe nel tempo stesso venditore e compratore, locchè ripugna evidentemente alla natura de' contratti: sarebbe venditore, giacchè rappresenta in questo caso la persona i cui beni sono venduti, e sarebbe compratore, giacchè comprerebbe per conto ed interesse suo.

207. Diciamo che un mandatario non può comprare i beni che è incaricato di vendere, giacchè ripugna alla natura de' contratti che una persona sia al tempo stesso nel suo interesse venditore e compratore; ma nulladimeno non vi è ostacolo che una persona riceva da diversi individui mandato di vendere e comprar la stessa cosa. Per esempio, io consegno ad un sensale, ad un commessionato, certa

parte di mercanzie per venderle, e Paolo dal canto suo gli ha dato incarico di comprargli mercanzie di questa specie: il commessionato far può la doppia operazione, sia che io abbia o pur no stabilito il prezzo della mia mercanzia, e sia che Paolo abbia o pur no determinato il prezzo col quale intendeva comprare. Ciò avviene anche spesso in commercio. Qui la persona incaricata di vendere e comprare non fa nel suo interesse l'operazione, ma è un semplice mediatore tra quelli i quali gli hanno incombenzato, uno di comprare, l'altro di vendere, il che non ripugna alla natura de' contratti vie meno della scelta di un arbitro per istabilire il prezzo di una vendita, nella quale operazione senza dubbio egli rappresenta nel tempo stesso il venditore e 'l compratore.

208. Io non posso dar mandato a qualcuno di comprarmi la cosa che gli appartiene: egli farebbe ugualmente da venditore e da compratore; *da compratore*, poichè mi rappresenterebbe in questa operazione, e *da venditore* come padrone della cosa. Or una persona non può comprare la propria cosa. Se dunque io abbia dato a Paolo mandato di comprarmi una certa cosa, che mi credeva di appartenere a Pietro, Paolo, il quale ha di poi scoperto di essere cosa sua, non è in alcun modo soggetto all'azione di mandato per non aver eseguito questo mandato. E se abbia scoperto dopo di aver comprato la cosa che questa gli apparteneva, non sarà obbligato a consegnarmela, poichè il mandato è

nullo, nè a pagare il prezzo di vendita al terzo venditore, poichè la vendita è similmente nulla. Supponendo che l'avesse pagato, e con danaro proprio, prima di scoprire che la cosa gli apparteneva, la quistione consisterebbe in conoscere se gli competesse semplicemente l'azione di ripetizione contra il terzo venditore, ovvero l'azione contro di me *mandati contraria*, lo che sarebbe assai importante per lui nel caso che il venditore fosse al presente insolvibile.

Primieramente è chiaro che se non mi offrisse di consegnarmi la cosa comprata, io potrei escludere la sua azione con mezzi d'inamessibilità; giacchè non avrebbe dritto a dimandarmi l'adempimento delle obbligazioni risultanti dal mandato, quando da parte sua non le adempisse a mio riguardo; ma supponendo anche che offrisse di consegnarmi la cosa, non crediamo che gli competerebbe azione contro di me per farsi rimborsare il prezzo da lui pagato al terzo venditore, atteso che lo sborsò in esecuzione di un contratto nullo, ed avvi vie maggior colpa da parte sua, se è lecito di così esprimersi, poichè doveva sapere meglio di me, essere di sua pertinenza la cosa che io gli aveva incaricato di comprare. Non ho inteso di comprare la sua cosa, ma quella di Pietro. Se peraltro si fosse pagata con danaro mio la cosa al venditore, si dovrebbe forse agire per ripetizione contra quest'ultimo.

209. Quantunque, a tenore de' canoni, io non

possa con effetto dar mandato a taluno di comprare per me la sua propria cosa, nulladimeno nello stesso Dritto romano mi era ben lecito, e mi sarebbe similmente lecito nel nostro Dritto, di dare ad un condomino della tale cosa, per esempio ad un coerede, il mandato di comprarmi la cosa comune, sia per aggiudicazione, sia contrattando all'amichevole cogli altri comproprietarî (1).

Ciò non formava alcun dubbio circa alle costoro porzioni, ma non così circa a quella del mandatario, come chiaramente lo dice Affricano nella legge 34, § 1, ff. a questo titolo, nella quale egli suppone che io abbia dato mandato ad un coerede di comprar per me una cosa dell'eredità, non ancora divisa, mediante un certo prezzo: nondimeno ciò fu ammesso pel motivo che in questa operazione avvi nel tempo stesso mandato di comprare le quote de' condomini, e vendita da parte del mandatario della propria porzione, a patto cioè: *che gli altri vendano le loro.* Ed in questa specie Affricano dice esservi ciò di particolare che, sebbene il mandato finisca con la morte del mandante o del mandatario, nulladimeno se il mandante sia morto prima della compra, ed il mandatario non abbia voluto vendere di poi ad altri la cosa comprata, a causa del mandato, ha egli l'azione *mandati* contra gli eredi del mandante, per obbligarli a ricevere la cosa ed a pagarne il prezzo, quan-

(1) L. 22, § 4, ff. *Mandati*; l. 34, § 1 e l. 55 *eod. tit.*

tunque conoscesse la morte di quest'ultimo prima di avere egli stesso comprato; ed a vicenda gli eredi del mandante hanno l'azione di mandato contra il mandatario, se da costui siasi di poi venduta la cosa a terza persona; in somma che l'azione di mandato produrrà tra essi per tal riguardo gli stessi effetti che produrrebbe l'azione di vendita; per la ragione che una vendita condizionale non è sciolta per la morte del venditore, giacchè nei contratti la condizione può ben adempirsi dopo la morte di una delle parti, ed anche di entrambe, avendo essa un effetto retroattivo; art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.*

Dubitiamo assai che siffatto mandato nel nostro Dritto non sarebbe sciolto per la morte del mandante o del mandatario, se questa avvenisse prima della compra; salvo ben inteso gli effetti risultanti dalla circostanza che quella del mandante si fosse ignorata, sia dal mandatario, sia da' terzi, al tempo dell'operazione.

210. Ma nella suddetta specie qual'è mai la somma che il mandatario condomino può domandare al mandante per la porzione sua nella cosa?

Le leggi romane risolvevano la quistione con talune distinzioni, e siccome tali risoluzioni sembrano assai giuste, potrebbero essere seguite nel nostro Dritto, salvo a modificarle secondo le circostanze del fatto.

Così Nerazio, nella legge 35, ff. a questo titolo, suppone che colui il quale diè ad uno de' con-

domini di una cosa, mandato di comprargliela, abbia stabilito il prezzo che intendeva di porvi, e dichiara che il mandatario avrà per parte sua una somma proporzionatamente uguale a quella che ebbero gli altri comproprietarî per le loro, senza che nondimeno la somma totale possa ecceder quella prefissa col mandato; talmente che se quest' ultima somma fosse di 100 soltanto, ed il mandatario, al quale per esempio spettava un quarto nella cosa, abbia pagato 85 agli altri condomini per le loro porzioni, non avrebbe egli stesso che 15 per la sua, benchè valesse di più. Il motivo di tale risoluzione si è che il mandatario obbligossi col mandato di far ottener la cosa al mandante, se lo potesse, per cento, poichè accettò il mandato che determinava questa somma: or può benissimo fargliela conseguire per simil prezzo; poteva anche rinunciare al mandato prima di aver comprato le porzioni de' suoi condomini, quando vide di poterli ottenere per 75, ed in siffatto caso il mandante non gli avrebbe potuto rimproverar cosa alcuna: puossi dunque naturalmente credere che volle abbandonar la sua per 15, comprando per 85 quella degli altri.

Purtuttavolta, quando Nerazio dice che il mandatario avrà per parte sua una somma proporzionatamente uguale a quella ottenuta dagli altri per le loro (senza che la intera somma possa eccedere quella prefissa col mandato), ciò debbe intendersi del caso in cui la cosa siasi venduta per un prez-

zo ordinario, quello stabilito dal mandante, o per un prezzo approssimativo, e non del caso nel quale al contrario la cosa fu venduta a vil prezzo; giacchè non sarebbe giusto che il mandatario fosse vittima del suo zelo in ben adempiere il mandato, e soffrisse così per la soverchia facilità de' suoi condomini, o pei bisogni che gl' indussero a cedere le parti loro per tanto basso prezzo, in modo ad esser costretto a cedere anche la sua al mandante per lo medesimo prezzo. Ma da un'altra banda nè tampoco sarebbe giusto che queste circostanze ridondassero a suo favore, e che il mandato, il quale è un contratto di mera beneficenza, fosse per lui una causa di lucro. In conseguenza Giavoleno, nella legge 36, § 1, a questo titolo, dichiara nella specie, che il mandatario dovrà cedere al mandante la parte sua mediante la stima che ne verrà fatta da' periti.

Questa risoluzione sembra assai ragionevole; ma nondimeno siccome nel nostro Dritto il mandato non è un contratto essenzialmente gratuito, ben potrebbe essa modificarsi a seconda delle circostanze del fatto. Per esempio, se io do mandato ad un condomino di comprar per me la cosa comune per un tanto, e dalle parole del mandato risulti che non meno di questa somma intendeva costui di darmela qualora gli riuscisse di comprarmela, volendo profittare del risparmio che gli farebbero i suoi condomini, è indubitato che debbe avere per la parte sua ciò che mancasse a quelle degli altri per compire la somma stabilita col mandato.

Se, nella cennata specie, il mandante non abbia stabilito prezzo, non puossi dire che quello della porzione del mandatario debb' essere pari a quello al quale comprò le quote degli altri condomini: ciò non sarebbe nell' interesse del mandante, poichè il mandatario avrebbe con ciò interesse a comprar molto caro. Adunque si dovrà pure stimar la porzione del mandatario, secondo Nerazio dichiara in fine della succitata legge 35. E se le porzioni degli altri condomini furono comprate a prezzi diversi, Giavoleno nella legge seguente, *principium*, dice di esser parere comune de' giureconsulti che si cumulino tutti questi prezzi e si determini quello della quota del mandatario secondo la media proporzionale. Questo dettame dovrebbe anche seguirsi nel nostro Dritto in simil caso.

211. Nella legge 49, ff. *hoc tit.*, Marcello suppone che io possedeva in buona fede uno schiavo appartenente a Tizio, *puta*, giacchè fu da me comprato da qualcuno che lo possedeva; che abbia io dato mandato a Tizio di vendere questo schiavo, ed in fine che Tizio lo abbia venduto ignorando, al pari di me, che gli apparteneva: il giureconsulto dimanda che mai debba dirsi circa al dritto di evizione e per riguardo al mandato. Egli reputa che Tizio, benchè avesse venduto come mandatario, sia obbligato verso il compratore. Ed in vero è questa una conseguenza delle massime del Dritto romano in materia di mandato, secondo le quali, come lo abbiam detto, il mandatario era

obbligato verso il terzo con cui aveva contrattato, salvo il suo regresso contra il mandante. In verità ignorando di essere suo schiavo avea Tizio accettato ed eseguito il mandato di venderlo, ma questa circostanza è estranea al contratto di vendita fatto col terzo, giacchè non vi fu errore circa all'oggetto di questo contratto: lo schiavo di cui trattasi è quello appunto che Tizio intese di vendere e'l compratore intese di comprare: è fuor di dubbio adunque che Tizio sia obbligato verso il compratore in virtù del contratto di vendita, salvo a lui il suo regresso contra il mandante, se fosse suo interesse a non disfarsi del suo schiavo pel prezzo mediante il quale lo vendè in esecuzione del mandato. Per questa ragione Marcello aggiunge che se Tizio abbia rilasciato lo schiavo prima di scoprire che gli apparteneva, non potrà rivendicarlo. Il motivo di questa seconda risoluzione è che se lo rivendicasse, gli verrebbe opposta l'eccezione *rei venditæ et traditæ*, la quale rendeva inammessibile l'attore, benchè altronde fosse realmente proprietario della cosa rivendicata (1).

La legge 35, ff. *de Acquir. rer. dom.* non è contraria a tale risoluzione, dicendo che il mandatario il quale per errore abbia consegnato la cosa propria in vece di quella del mandante, non ne perdè la proprietà; che non avvi alienazione, *quia nemo errans suam amittit*, (ed in conseguenza

(1) *V.* il titolo *de Except. rei venditæ*, ff.

che può rivendicarla); imperciocchè in questi casi il mandatario non vendè la sua cosa al terzo prima di consegnargliela, come nel caso della legge 49, nulla almeno lo indica: è dunque questo un errore che cade sul fatto stesso della tradizione, sull' oggetto consegnato, *error in corpus ipsum*.

Del resto nel nostro Dritto, qualora si trattasse di un immobile che appartenesse al mandatario, e che costui credesse di appartenere al mandante il quale gli avea dato incarico di venderlo, è indubitato che il mandatario avrebbe dritto di rivendicarlo, se mai si fosse da lui consegnato, e potrebbe in conseguenza negarsi a farne la tradizione, ove non l' avesse ancor fatta; salvo al compratore la sua azione in garantia contra il mandante; giacchè nel nostro Dritto si reputa che stipuli il mandante e non il mandatario, quando il contratto si fa in nome del primo: stante ciò, niuna eccezione della natura dell' eccezione *rei venditæ* de' Romani potrebbe opporsi alla rivendicazione del mandatario il quale avesse scoperto di appartenergli la cosa venduta.

Ma quantevolte si trattasse di una cosa mobile, di cui il compratore fosse stato posto in possesso, siccome appresso noi in fatto di mobili il possesso vale per titolo (art. 2279 c. c. = *2185 ll. cc.*), il mandatario non potrebbe generalmente rivendicarla; salvo il suo regresso contra il mandante.

212. Circa alle persone tra le quali può farsi il contratto di mandato, l'art. 1990 c. c. =*1862 ll. cc.*

dice che le « donne maritate ed i minori emancipati
« possono essere scelti per mandatarî; ma il man-
« dante non ha azione contra il mandatario minore,
« se non giusta le regole generali relative alle ob-
« bligazioni de'minori; e contra la donna maritata
« che abbia accettato il mandato senza l'autorità
« del marito, se non a tenore delle regole stabilite
« nel titolo *del Contratto di matrimonio e dei*
« *dritti rispettivi de' coniugi.* »

Ma queste parole, *minori emancipati*, non debbono intendersi in senso ristrettivo: non vedesi perchè io non potrei con pari validità dar mandato di rappresentarmi nel tale negozio a mio figlio primogenito, dell' età di anni ventiquattro compiti, la cui saviezza e discernimento mi è nota, che a sua sorella, dell' età di anni quindici ed un mese, e la quale fu emancipata col suo matrimonio: si reputa che agisca io per mezzo del mio mandatario, e perciò in me, e non già nel mandatario da me scelto, bisogna richiedere la capacità generale di contrattare: tanto peggio per me se mal riponga la mia fiducia. Nello stesso Dritto romano (1), nel quale nulladimeno il mandatario stipulava in suo proprio nome coi terzi, salvo a render conto delle sue operazioni al mandante, non eravi alcun ostacolo che un minore, anche impubere, fosse scelto per mandatario: or vie maggiormente debbe av-

---

(1) *V.* la legge 4 Cod. *de Solut.*, e ciò che dicemmo nel tomo XII, n.° 47, parlando delle persone alle quali può validamente farsi il pagamento di un debito.

venir così nel nostro Dritto, in cui il mandatario contratta generalmente in nome del mandante, in cui altro non è, come lo abbiam detto, che un organo, un istrumento vivo del mandante. Suppongasi che io abbia dato a mio figlio od a mio nipote, dell' età di anni venti compiti, ma non emancipato, mandato di riscuotere dal mio debitore ciò che mi deve, ed in conseguenza facoltà di rilasciar quietanza: e che! potrei io in questo caso costringere il mio debitore a pagare di bel nuovo finchè non mi proverà che mio figlio o mio nipote mi abbia consegnato il danaro, e che quindi io ne abbia profittato! Non vi è giudice ragionevole che così sentenziasse; e nondimeno tale sarebbe la conseguenza della nullità del mandato conferito ad un minore non emancipato. Siccome i minori non emancipati non fanno generalmente alcuna convenzione, a differenza dei minori emancipati i quali possono farne assai, i compilatori del Codice pensarono a questi ultimi, e non agli altri, circa al mandato; ma non intesero dire con ciò che taluno non potrebbe riporre validamente la sua fiducia in un minore non emancipato, benchè ne lo credesse degnissimo; giacchè egli vi è il solo interessato. La regola delle inclusioni è pericolosa: bisogna diffidarne, e purtuttavolta sol per applicazione di questa regola potremmo essere indotti a dire che il mandato conferito ad un minore non emancipato non è obbligatorio pel mandante, sia per riguardo a costui rispetto allo stesso mandatario, sia per ri-

guardo al mandante rispetto al terzo col quale il mandatario contrattò, la qual proposizione è evidentemente falsa, almeno nel primo rapporto, giusta l'art. 1125 c. c. = *1079 ll. cc.*

Poco importa di aver noi detto che nel mandato è d'uopo che il mandatario possa fare per sè stesso la cosa di cui viene incaricato, e non esser quindi valido il mandato dato a qualcuno per comprare la propria cosa, giacchè questa regola non ha relazione con la capacità di contrattare: se taluno non può essere incaricato di comprare la propria cosa, n'è motivo che in realtà egli farebbe nell'operazione la doppia parte di venditore o di compratore, locchè ripugna alla natura de' contratti; ma nulla di simile nel mandato che io do ad un minore, anche non emancipato. Se altronde si riguardasse la capacità di contrattare nel mandatario, non vedesi perchè una donna maritata non autorizzata da suo marito o dal magistrato, potrebbe validamente aver l'incarico di un mandato, giacchè essa è incapace in generale come il minore (art. 217 e 1124 c. c. = *206 e 1078 ll. cc.*: or ella può nondimeno esser benissimo scelta per mandataria, ed i contratti che avrà fatti co' terzi, in esecuzione del mandato, saranno perfettamente obbligatorî per costoro e pel mandante, e quest'ultimo sarà anche perfettamente obbligato verso di lei: soltanto non avrà egli medesimo azione contro di essa che secondo le regole generali sulle obbligazioni delle donne maritate non autorizzate. Or deve avvenir lo stesso del

caso in cui siasi conferito mandato ad un minore, benchè non emancipato. Ciò non formò mai dubbio nelle antiche regole; e non potrebbesi scorgere il motivo di tale innovazione, se i compilatori del Codice avessero inteso di farne a questo riguardo, il che, ripetiamolo, non crediamo.

213. Ma circa al mandante, è diverso: siccome reputasi di contrattar egli per mezzo del mandatario, è chiaro che dev' essere capace di fare da sè stesso l' operazione che affida ad altri: perlocchè bisogna a tal proposito aver presente le regole riguardanti la capacità di contrattare, secondo le spiegammo nei volumi precedenti, parlando delle donne maritate, de' minori, degl'interdetti e delle persone sottoposte all' assistenza di un consulente giudiziario per debolezza di mente o per prodigalità, e soprattutto nel titolo *de' Contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale.*

214. Poichè il mandato è un contratto che formasi col solo consenso del mandante e del mandatario, segue da ciò che l' atto contenente la procura non è altro che la prova della facoltà data, e non la condizione essenziale del mandato. Quindi il mandato si dà, o con atto pubblico, o con iscrittura privata, o con lettera, o anche verbalmente; ma in quest' ultimo caso non è ammessa la pruova testimoniale se non in conformità del titolo *de' Contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale*; art. 1985 c. c. = *1857 ll. cc.*

215. Quando il mandato si dà con atto rogato

da notaio, non è necessario che se ne conservi minuta. La legge del 25 ventoso anno XI *sul Notariato* (art. 20), ne contiene la espressa disposizione. L' atto allora è stipulato in brevetto ; ma nulla impedisce di farlo con minuta, affinchè il mandante ne abbia appresso di sè una copia, per tener sott' occhio la estensione delle facoltà da lui conferite.

216. Se il mandato diasi per iscrittura privata, non vi è necessità di far l'atto in doppio originale, poichè il Codice dichiara che il mandato può anche farsi per lettera. Invano direbbesi che il mandante col fatto del mandato contrae l' obbligo di rendere indenne il mandatario delle spese che il medesimo erogherà nella esecuzione del detto mandato, e delle perdite che questo gli avrà cagionate, e che quindi essendo il contratto sinallagmatico, l'atto che lo comprova deve per lo stesso motivo essere sottoposto all'applicazione dell'art. 1325 c. c. = *1279 ll. cc.* : si risponderebbe che il mandato non è un contratto perfettamente sinallagmatico, poichè le obbligazioni del mandante non risultano se non da un fatto posteriore al mandato, cioè dal fatto che il mandatario abbia speso qualche cosa o sofferto qualche perdita nell' eseguirlo. Or questo art. 1325, come il dimostrammo esaminandolo nel tomo XIII, n.° 50, non si applica se non ai contratti perfettamente sinallagmatici, cioè alle convenzioni che producono obblighi da canto di ciascuna delle parti tra loro, ed obblighi da

adempiersi *in avvenire*. L' atto contenente il mandato o la procura è un titolo che basta al mandatario per poter dimandare ciò che gli fosse dovuto per l' inadempimento del mandato.

217. In verità avvi maggior dubbio nel caso in cui il mandato siasi convenuto con mercede, giacchè la stipulazione di questa mercede par che gli dia la caratteristica di contratto perfettamente sinallagmatico, come la locazione di opera, e perciò sembrerebbe che l' atto dovesse farsi in doppio originale, uniformemente al precitato art. 1325. Purtuttavolta non è così: in primo luogo perchè il Codice, il quale stabilisce che il mandato può convenirsi con salario, dice indistintamente di potersi dare anche per lettera: or se può darsi anche per lettera, per la medesima ragione può darsi con uno scritto fatto in carta semplice. In secondo luogo, quantunque la stipulazione di un salario dia al mandato la caratteristica di contratto commutativo o interessato da una parte e dall' altra, nulladimeno non gli dà assolutamente per ciò la caratteristica di contratto sinallagmatico perfetto, come la locazione o la vendita, giacchè il mandante, malgrado il salario convenuto, può rivocare il mandato, ed impedire in tal modo che sia eseguito, nel qual caso egli non dovrebbe il salario promesso, mentre che la vendita o la locazione non possono sciogliersi che per consenso scambievole delle parti. In fine l' atto di procura basterà ancora in questo caso al mandatario per poter dimandare la pattuita mercede.

Ma, si dirà, se non fa d' uopo, in quanto al mandatario, che il mandato, gratuito ovvero con salario, sia fatto in doppio originale, ciò sembra nulladimeno necessario circa al mandante, poichè il mandatario, negando di poi di essersi incaricato del mandato, avrà potuto impunemente trascurare di eseguirlo: ciò è vero, ma è colpa del mandante lo aver mal collocata la sua fiducia, o il non aver richiesto una dichiarazione del mandatario di accettare il mandato. Del resto potrà egli provare questa accettazione con un principio di esecuzione dato al mandato dal mandatario, con gli atti che costui avesse fatti coi terzi in esecuzione del mandato, con la pruova testimoniale nei casi in cui la legge l' ammette, con la confessione del mandatario in un interrogatorio sopra fatti e loro circostanze, ed in fine deferendogli il giuramento.

218. Nel Dritto romano e nella nostra antica giurisprudenza, si conoscevano i mandati taciti, risultanti da che il padrone di un negozio lo avea lasciato amministrare, con sua cognizione, da qualcuno da lui espressamente di ciò non incaricato (1), Erasi tenuta presente la regola di Dritto, *is qui potest prohibere et non prohibet, consentire et mandare videtur;* l. 60, ff. *de Regul. juris.* Il Codice (art. 1372 c. c. = *1326 ll. cc.*) non altro vede in ciò se non un caso di amministrazione di affari (a), un quasi contratto, e non il contratto di

(1) L. 6, § 2, e l. 18, ff. *Mandati.*

(a) Nel dritto romano il mandatario differiva dal gestore di ne-

mandato propriamente detto, forse a motivo dell' incertezza che potrebb' esservi in parecchi casi sulla volontà del padrone del negozio, e più probabilmente ancora per istabilire che il gestore deve continuare l' amministrazione che ha cominciata, e condurla a termine, sino a tanto che il padrone sia in istato di provvedervi egli stesso, come se avesse ricevuto a tal riguardo un mandato dal proprietario. Del resto questo medesimo articolo dice che il gestore si sottopone a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un espresso mandato avuto dal proprietario.

219. Quantunque non sembri che il Codice abbia ammesso i mandati taciti, nulladimeno è indubitato che se una moglie sia solita a far gli affari di suo marito, a comprare le provviste o le mercanzie del costui commercio, a prendere gli operai, a pagarli, in somma a fare ciò che farebbe lo stesso marito in simil caso; è indubitato, diciamo, che il marito possa essere convenuto in giudizio da' terzi co' quali la moglie contrattò, per via di obbliganze o altrimenti, giacchè allora essa è la fattrice di suo marito (1); e la moglie stessa non vi è tenuta,

---

gozi, il quale volontariamente e senza mandato prendendo cura degli altrui affari, era tenuto non solo del dolo, ma della colpa lievissima: *Cuiacio* al § 3 della legge 21 ff. *de negot. gest. tom. 5 cap. 134*. I procuratori poi ed amministratori universali, *qui aliena negotia mandato domini administrant*, differivano dai procuratori *ad lites*, i quali *negotia in judicio dominorum peragunt*: Einecc. *Pandect. de procur.* § *145 e 146*. Trad.

(1) *V.* nel Repertorio di Favard, alla parola *Mandato*, gli arresti della Corte di cassazione del 25 gennaio 1821 e 2 aprile 1822, profferiti in questo senso.

qualora non siasi personalmente obbligata, e con l' autorità del marito.

220. Con arresto di cassazione del 22 gennaio 1812 (1) fu giudicato che il domestico non è tacito mandatario del suo padrone per comprare a credenza le provviste della famiglia; che quindi allorchè un domestico, il quale abbia ricevuto danaro dal suo padrone per comprare le provviste della famiglia, consumi questo danaro e si fa consegnare tali derrate a credito, il padrone in questo caso non è in alcun modo tenuto in faccia a' somministratori i quali prestarono fede al domestico.

Ed in effetti potrebbe la dottrina contraria produrre gravissimi abusi. Nulladimeno le circostanze della causa, specialmente se il domestico era solito di prendere a credenza, con l'ordine o con la tacita autorizzazione del padrone, dal somministratore non pagato, potrebbero far dichiarare di aver egli agito col consenso del padrone, nel caso soprattutto in cui si trattasse di una somministrazione ordinaria (a).

---

(1) *Sirey*, 1813, 1, 224.

(a) Nella legge ultima ff. *quod cum eo, qui in alien. potest.*, si rapporta la seguente specie: Un padrone propose il servo *mutuis pecuniis dandis, et pignoribus accipiendis.* Il detto servo era anche solito, *negotiatoribus hordei pro emptore suscipere debitum, et solvere.* Or accadde di essersi da un creditore di prezzo di orzo, a cui il servo erasi obbligato, istituita azione contro il *padrone*, il quale si difendeva dicendo non esser tenuto, *quia servus non in eadem rem præpositus fuisset.* Il Prefetto nulladimeno gli profferì sentenza contraria, *quum et alia quædam gessisse, et horrea conduxisse, et multis solvisse idem servus probaretur,* cioè a dire perchè il servo *similia fecerat.* Trad.

221. La consegnazione de' documenti ad un patrocinatore vale procura per agire e costituirsi nella causa, ed è questo un tacito mandato.

Ma non è permesso di fare o accettare alcuna offerta, alcuna confessione o alcun consenso, senza mandato di procura speciale, sotto pena della disapprovazione; art. 352 c. pr. = *444 ll. pr. civ.*

222. La consegnazione dell' atto o della sentenza in mano dell' usciere equivale anche a mandato per ogni esecuzione, eccettuato il caso di pegnoramento di stabili e di arresto personale, pei quali atti è necessaria un' autorizzazione speciale; art. 556 *ibid.* = *646 ibid.*

Questa consegnazione, come lo dicemmo nel titolo *de' Contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale*, trattando del pagamento, tom. XII, n.° 50, equivale anche a mandato per l' usciere di riscuotere il pagamento; ma non avviene così, a parer nostro, della consegnazione di un semplice biglietto per citare il debitore, quantunque del resto ciò sia controvertito (1). Circa alla consegnazione de' documenti ad un patrocinatore, si è sempre avuto per massima che essa non induce mandato di ricevere il pagamento, ma vale soltanto come procura per costituirsi, agire ed ottener sentenza (2).

223. Nel medesimo luogo, n.° 51, discuteremo il punto se la procura di vendere o di locare in-

(1) *V. ibid.*
(2) *V. ibid.* n.° 49.

duca quella di ricevere il prezzo di vendita, o i fitti. Siccome facemmo a questo riguardo talune circostanziate distinzioni, crediamo di doverci rimettere al precitato luogo per evitare una inutile ripetizione.

224. L' accettazione del mandato avviene in due modi, espressamente o tacitamente.

L' accettazione espressa risulta da una dichiarazione fatta dal mandatario, in tempo che si dà il mandato o dopo, che egli accetta l'incarico, e che l' eseguirà.

L' accettazione tacita risulta dall' esecuzione che il mandatario dà al mandato; art. 1985 c. c. = *1857 ll. cc.*

E l' esecuzione parziale è un' accettazione bastante, poichè dimostra ugualmente la volontà del mandatario di eseguire il mandato. Nondimeno se il mandatario, eseguendo parzialmente, abbia espressa la sua volontà di eseguire il mandato soltanto per questa parte, non è obbligato pel rimanente; ma deve allora affrettarsi ad avvertire di questa circostanza il mandante, affinchè costui, che calcolò sulla totale esecuzione del mandato, prenda gli analoghi espedienti. Vi sono nondimeno casi in cui questo avviso potrebbe non esser necessario: per esempio, se voi m' incaricate di mutuare mille franchi a Paolo, ed io non possa o voglia mutuargli se non cinque cento franchi soltanto, che in effetti gli mutuo, non è necessario che io, sotto pena di esser poi accusato di non aver perfetta-

mente adempito il mandato, vi avvisi di non aver potuto o voluto sborsare che cinquecento franchi a Paolo.

Può accadere che siavi accettazione tacita del mandato prima anche di qualunque esecuzione da parte del mandatario, e col solo fatto della ricezione della procura: ciò dipende dalle circostanze. Per esempio, come lo dice Pothier (n.° 32), se io essendo in procinto d'intraprendere un viaggio, vado a trovare un mio amico e lo prego ad incaricarsi in mia assenza di taluni affari che gli spiego, e gli do a tal uopo un atto di procura ch'egli riceve senza dir nulla; la ricezione che egli fa di questo atto è una pruova che consente ad incaricarsi del mandato; giacchè se non avesse voluto incaricarsene, avrebbe ricusato la procura.

Ma quando siasi spedito per la posta una procura a qualcuno, la ritenzione di questa procura non è una presunzione ugualmente chiara del consenso ad incaricarsi dell'affare, giacchè tale ritenzione può non essere che l'effetto di una negligenza a restituire all'istante la procura, o l'effetto di qualche altra circostanza, per esempio il bisogno di conoscere taluni fatti, di cui la persona volesse assicurarsi prima di restituire la procura o di accettarla. Adunque sarebbe questo un punto da valutarsi dal giudice, in caso di controversia riguardo all'inadempimento del mandato. Pothier, secondo Franco, *ad tit. ff. Mandati*, opina di doversi ancor meno presumere un'accettazione del manda-

to, da che colui al quale non siasi spedita una procura in debita forma, ma una semplice lettera, non abbia risposto a questa lettera.

Ma il fatto che un patrocinatore o un usciere a cui io abbia spedito documenti non me gli abbia restituiti, deve generalmente far presumere d'aver accettato l'incarico di fare gli atti che la consegnazione di questi documenti richiedeva.

225. Il mandato, come ogni altro contratto, può farsi o puramente o semplicemente, o sotto condizione: sotto condizione, per esempio, io v' incarico di fare la tale cosa, se accada il tale avvenimento.

226. Il mandato può darsi *ex die* e *usque ad diem*: *ex die*, per esempio, voi avrete cura dei miei affari al principio del prossimo mese, quando sarò partito pel viaggio che mi propongo di fare; *ad diem*, voi amministrerete i miei affari sino al primo gennaio seguente, nella quale epoca potrò amministrarli io stesso, o provvedervi in altro modo.

227. Il mandato è di due specie:

È *speciale* e per un affare, o per certi affari solamente;

Ovvero è *generale* e per tutti gli affari del mandante; art. 1987 c. c. = *1859 ll. cc.*

Talmente che il mandato conferito per vendere i beni che io posseggo nel tale dipartimento, o anche per vendere tutti i beni che ho in Francia, è un mandato speciale; giacchè non è dato per *tutti i miei affari*, ed io posso aver beni altrove che in Francia.

Bisogna dire altrettanto del mandato conferito per difendere tutte le cause che io possa avere, giacchè non estendesi ad altro che alle mie cause.

228. Il mandato conceputo in termini generali non comprende se non gli atti di amministrazione; art. 1988 c. c. = *1860 ll. cc.*

Quando si tratti di alienare, d'ipotecare, o di fare altri atti di dominio, il mandato debb'essere espresso; *ibid.*

Si tolse con ciò la controversia insorta fra i dottori intorno all'estensione del mandato generale per Dritto romano.

Secondo alcuni, questo mandato davasi ora come semplice procura di amministrare, ed ora come contenente la procura anche di alienare, purchè tuttavolta non fosse a titolo gratuito; ed in questo ultimo caso essi qualificano il mandatario qual *procurator cum libera administratione.*

Ma Vinnio, sul § 42 nelle Instituta di Giustiniano, tit. *de rerum divisione et earum acquir. domin.* (1), rigetta questa distinzione, e dimostra che colui al quale erasi affidata la semplice amministrazione de'beni non aveva la facoltà di alienare, tranne nulladimeno le derrate ed altre cose soggette a deperimento; che per poter egli alienare ogni specie di cose indistintamente, anche a titolo oneroso, mediante vendita, permuta o transazione, vi bisognava un mandato espresso da parte del pro-

(1) Egli tratta estesamente la quistione nelle sue *Selectæ Quæstiones, lib. 1, cap. 9.*

prietario. È inutile d'impegnarci in questa controversia.

229. Del resto, malgrado le generiche parole del Codice, non convien dubitare che il mandatario generale possa benissimo vendere, ed anche alienare, i prodotti delle ricolte, le mercanzie ed ogni altra cosa soggetta a deperimento o a diminuzione di valore: ciò non esce da' limiti della semplice amministrazione, ed ecco perchè un tutore può in generale far queste vendite, senza aver bisogno a tal uopo di essere autorizzato dal consiglio di famiglia.

È permesso anche al mandatario generale di concedere o rinnovare affitti, purchè non eccedano nove anni; giacchè in questo limite la legge riguarda tali atti come atti di semplice amministrazione.

Gli è lecito similmente di fare tutti gli atti conservatorî dei dritti del mandante, e per lo stesso motivo di ricevere il pagamento di ciò che a costui sia dovuto, in conseguenza di rilasciar valida quietanza ed astringere i debitori i quali non paghino alle scadenze: son questi tanti atti conservatorî, e perciò di amministrazione. Ammettevasi un tempo che il mandatario generale potesse validamente interrompere le prescrizioni ed intentare le azioni possessorie o rispondervi. Egli paga puranche validamente ai creditori del mandante e fa i contratti necessarî per conservare o manotenere i beni la cui amministrazione gli venne affidata.

Ma da quanto si è detto non bisogna conchiude-

re che la semplice procura di esigere uno o più crediti contenga la facoltà di astringere i debitori che non facciano i pagamenti alla scadenza: converrebbe a tal uopo che il mandato si spiegasse con chiarezza. Se avviene altrimenti nel caso di un mandato generale, egli è perchè le facoltà di chi è investito di siffatto mandato sono assai più estese di quelle d' un semplice mandato speciale.

230. Non avendo il mandatario generale, per solo effetto di simile mandato, la facoltà di alienare, ipotecare e fare gli atti di dominio, bisogna dire che non gli è permesso di sperimentare le azioni sopra stabili, nè opporvisi, e viemeno di prestarvi acquiescienza, nè transigere, nè deferire, nè prestare il giuramento, nè devenire a compromesso, nè far permute di fondi, nè rinunciare al beneficio di una prescrizione acquistata, nè garantire i terzi pel mandante, ec.; imperciocchè questi atti non sono atti di amministrazione, ma sibbene di dominio.

231. Il mandatario non può fare cosa alcuna, oltre ciò che è contenuto nel suo mandato, ed il Codice per applicazione di questa regola dichiara che la facoltà di transigere non comprende quella di compromettere; art. 1989 c. c. = *1861 ll. cc.* In effetti la fiducia che io ho nei lumi e nell' abilità di colui al quale do facoltà di transigere sul mio affare, non potrebbe esistere in tutti i casi riguardo alla persona che egli scegliesse, con un compromesso, per risolverlo in qualità di arbitro. Invano si opporrebbe che se io ho bastante fiducia nel mio

mandatario per transigere, debbo anche avere in lui la stessa fiducia circa alla scelta che facesse di un arbitro; imperocchè non avvi parità: un uomo assai conoscitore degli affari, e perciò assai idoneo a transigere sulla controversia che ha con un terzo, ben potrebbe ingannarsi nella scelta che facesse di un arbitro, ed io mi rimisi alla sua saviezza ed a' suoi lumi e non già a quello di un' altra persona, che io forse non conoscessi, e che egli forse non conoscesse abbastanza.

232. Dacchè il mandatario non può fare cosa alcuna oltre ciò che si contiene nel suo mandato, ne segue che se faccia cosa diversa da quanto gli fu prescritto, il mandante non è obbligato, nè verso di lui, nè verso il terzo col quale contrattò. Per esempio, se io abbia dato a Paolo mandato di comprarmi la tale casa, ed egli me ne abbia comprata un' altra, non sono obbligato nè verso Paolo mandatario, nè verso il terzo venditore, quando anche la casa comprata valesse altrettanto e più di quella che io aveva detto di comprare, e mi convenisse del pari per tutti i riflessi (1). Non solamente in questo caso il mandatario ha fatto qualche cosa al di là del suo mandato, ma dippiù non ha eseguito interamente questo mandato: sicchè, prescindendo dal dritto che ho indubitatamente di lasciare per conto suo la casa da lui comprata, mi compete un' azione contro di lui per non aver com-

---

(1) L. 5, § 2, ff. *Mandati.*

prata quella che gli aveva designata, se nondimeno potette ciò fare. E non compete al terzo venditore alcun' azione contro di me, poichè io non aveva dato facoltà di contrattar con essolui, e dovè egli assicurarsene chiedendo l'esibizione della procura.

Ma in questo caso ha egli azione contra il mandatario?

Ciò dipende dalla circostanza di avergli costui dato o pur no una bastante cognizione delle sue facoltà: nella prima ipotesi, non compete azione al terzo, a meno che il mandatario non siasi reso garante di farmi approvare la vendita, o non abbia dato fideiussione in altro modo; nella seconda ipotesi, compete azione al venditore, quando anche il mandatario avesse dichiarato di contrattare per me, in nome mio, in virtù di mio mandato, e non si fosse in guisa alcuna reso garante di farmi accettare l'operazione; art. 1119, 1120 e 1997 c. c. = *1073*, *1074 e 1869 ll. cc.* esaminati ed insiem combinati.

233. Però *quid* se mai siasi comprata la stessa cosa che io aveva incaricato il mandatario di comprare, ma lo sia stato per un prezzo diverso da quello da me prefisso nel mandato?

Se per minor prezzo, per esempio, per 15,000 franchi, quando io aveva dato incarico di comprare per 20,000, non avvi dubbio, mi si dee consegnar la cosa al prezzo costato, non dovendo il mandatario profittare del risparmio fatto, giacchè il mandato conteneva virtualmente la condizione di

comprare a più buon prezzo, se fosse possibile: il prezzo stabilito indicava soltanto di non doversi spendere di più (1). Ed è chiaro in questa ipotesi che se il mandatario abbia comprato la cosa in nome mio, non può ritenerla per sè, col pretesto di non volergli io rimborsare il prezzo da me stabilito nel mandato, vie maggiormente che non potrei pur io lasciargliela per conto suo.

234. Ma avvi maggior dubbio nella stessa specie quando egli abbia comprato in nome suo, e non come mio mandatario: in questo caso puossi dire di non aver eseguito il mandato, e di esser perciò soggetto soltanto a' danni ed interessi: or questi danni ed interessi non possono in altro consistere che in una somma di danaro, ed il lor valore non è anche necessariamente della differenza che vi è tra il prezzo che erasi stabilito nel mandato, e quello pel quale il mandatario comprò, ma semplicemente in ragione del danno effettivo sofferto da me mandante, per lo inadempimento del mandato; locchè può essere sì meno che più di questa differenza. Ma circa alla cosa comprata, non posso costringere il mandatario a consegnarmela; giacchè non mai mi appartenne, non essendosi comprata per me, in nome mio.

235. Supponiamo ora il caso inverso, quello in cui il mandatario abbia comprato ad un prezzo maggior di quello stabilitogli col mandato, per esem-

---

(1) § 8, Instit. *de Mandato.*

pio, il caso nel quale abbia comprato per 25,000 franchi un fondo che il mandante avea detto di comprargli per 20,000 al più.

Primieramente è chiaro che il mandante non può essere obbligato a riceversi l' oggetto per più di 20,000 franchi.

In Dritto romano nel quale, come più di una volta abbiamo detto, il mandatario contrattava in nome proprio, ed in conseguenza non avea bisogno di far conoscere le sue facoltà al terzo con cui stipulava, la quistione raggiravasi tra il mandante ed il mandatario; e consisteva in conoscersi, non se il mandatario potesse obbligare il mandante a ricevere la cosa al prezzo costato, giacchè evidentemente non ne avea dritto; ma se potesse obbligarlo a riceversela mediante il prezzo stabilito nel mandato, perdendo esso mandatario il dippiù. Alcuni giureconsulti, come può vedersi nella legge 3, § 2, ff. *Mandati*, negavano che il mandatario avesse questo dritto, atteso che, essi dicevano, era iniquo di potergli competere azione contra il mandante per fargli prendere la cosa al prezzo stabilito col mandato, mentre che al mandante non competerebbe azione contro di lui per farsela consegnare a questo prezzo. Ma siffatta opinione non era prevalsa. Caio, nella legge seguente, dice: *Sed Proculus recte eum (procuratorem) usque ad pretium statutum acturum existimat. Quæ sententia sane benignior est.* Giustiniano abbracciò quest' ultimo parere nelle sue Instituta, § 8, *de Mandato*. In

effetti il mandante non può dolersi : essendo suo scopo di aver la cosa a questo prezzo quando diede il mandato, ciò trovasi perfettamente conseguito subito che il mandatario gliela consegna per questo medesimo prezzo.

256. Quantunque nel nostro dritto si costumi che il mandatario contratti in nome del mandante, nondimeno abbiam veduto più sopra che può accadere, e che anche accade spesso, di contrattare egli in proprio nome. Ragioneremo primieramente in questa supposizione circa alla controversia in esame. In tal caso non vi è alcun dubbio che il mandatario possa anche obbligare il mandante a riceversi la cosa pel prezzo stabilito nel mandato; ma il mandante non avrebbe per ciò il dritto di richiederla, anche pel prezzo costato, poichè non fu comprata in nome suo. Il mandatario, e non egli ne è divenuto padrone. Adunque può solo trattarsi de' danni ed interessi per inadempimento del mandato. Or se da' fatti della causa risulti che il mandatario non potè aver la cosa pel prezzo stabilito nel mandato, a cagion di esempio, perchè un terzo offrivane di più al venditore, non puossi dire che l' inadempimento dal mandato provenga da colpa del mandatario, ed in conseguenza non può esservi luogo a pronunciare danni ed interessi contro di lui. Ma se al contrario da' fatti della causa risultasse che il mandatario comprò la cosa in nome proprio e ad un prezzo maggior di quello stabilito nel mandato, con la sola mira di attribuirsi

un beneficio che doveva essere pel mandante; se da queste circostanze, diciamo, risultasse che avrebbe potuto ottener la cosa pel prezzo stabilito nel mandato, non cade dubbio che dovrebb' essere condannato a danni ed interessi verso il mandante.

237. All' opposto il mandatario comprò in nome del mandante, e sempre ad un prezzo maggior di quello che erasi da quest' ultimo determinato. Qui la quistione divien complessa, e richiede una distinzione.

Se il mandatario nella specie non abbia fatto bastantemente conoscere le sue facoltà al venditore, è obbligato verso di lui per ciò che siasi fatto di più, quando anche non si fosse reso garante di far che il mandante ratificasse; talmente che in questo caso la quistione non raggirasi pure che fra il mandante ed il mandatario. Or in siffatta specie la cosa si acquistò dal mandante e non dal mandatario, il quale fu per lui non altro che un istrumento: adunque gli dev' essere consegnata. Ma deve mai necessariamente esserlo pel prezzo stabilito nel mandato? sì, qualora fosse dimostrato che il mandatario potè averla per questo prezzo. Nel caso contrario, sarebbe ben difficile il dire che il mandatario debba sopportare la perdita della differenza tra il prezzo stabilito nel mandato ed il prezzo di vendita, quando la cosa valesse più della somma prefissa col mandato, e le circostanze in cui il mandatario contrattò dimostrassero di aver oprato con buona intenzione e per non perdere l' opportunità

di comprare una cosa la quale conveniva al mandante. In simil caso adunque il mandante dovrebbe, o prender la cosa pel prezzo che costò, o lasciarla per conto del mandatario; salvo, se competesse, a condannar costui a' danni ed interessi, per aver ecceduto i limiti del mandato; imperocchè sarebbe questa una quistione di colpa.

Convien dire altrettanto, e con la stessa distinzione, del caso in cui il mandatario che compri a maggior prezzo di quello prefissogli, ed in nome del mandante, abbia dato al terzo venditore bastante conoscenza delle sue facoltà, qualora siasi reso garante di ottenere pel di più la ratifica del mandante.

Se nell' uno e nell' altro caso non siasi consegnata la cosa dal venditore, il mandante non può farsela da lui rilasciare che con obbligo di adempiere a tutte le condizioni della vendita, ed in conseguenza con l' obbligo di pagare il prezzo pel quale fu venduta, e nelle epoche stabilite col contratto. Ma, secondo le suddette distinzioni, può avere azione per danni ed interessi contra il mandatario.

In fine, se il mandatario che contrattò in nome del mandante, abbia dato una conoscenza bastante delle sue facoltà al venditore, e non siasi reso garante di ottener la ratifica del mandante, ciò che fece oltre le sue facoltà, comprando ad un prezzo maggior di quello che erasi stabilito col mandato, non è obbligatorio per lui, nè verso i terzi, nè verso il mandante. Costui non può richiedere

che gli procuri la cosa mediante il prezzo da lui determinato; giacchè non avendola il mandatario potuto ottenere a questo prezzo, è come se non avesse potuto eseguire il mandato; salvo il caso di frode o di connivenza di quest'ultimo col venditore, caso nel quale vi sarebbe luogo a'danni ed interessi, come in tutti gli altri casi in cui il mandato non venne eseguito o lo fu male per effetto della stessa cagione. Il mandante nè tampoco potrebbe costringere il venditore a consegnargli la cosa pel prezzo che erasi stabilito nel mandato, atteso che quest'ultimo non la vendè a tal prezzo, mediante quello determinato col contratto di vendita: or per esservi vendita efficace, bisogna che il venditore, al pari che il compratore, sia di accordo sul prezzo non meno che sulla cosa. Le sole quistioni che possano insorgere in simil caso, sono di conoscere se il mandante possa obbligare il venditore a consegnargli la cosa mediante il prezzo di vendita, e se il venditore possa obbligare il mandante a riceversela mediante il prezzo stabilito col mandato. La ragion di dubitare si desume da che sul primo punto il venditore non potrebbe costringere il mandante a prendere la cosa mediante il prezzo di vendita, e sul secondo, il mandante non potrebbe obbligare il venditore a consegnargliela mediante il prezzo stabilito nel mandato: or secondo la massima di dovervi essere reciprocanza di dritto e di azione nei contratti sinallagmatici, sembrerebbe che l'una e l'altra quistione vada risoluta per la

negativa. È questa la ragione, come si è veduto, onde parecchi giureconsulti romani eransi determinati a dire che il mandatario il quale avea comprato ad un prezzo maggior di quello prefissogli, non potea obbligare il mandante a riceversi la cosa stessa a quest'ultimo prezzo. Ma la ragione di decidere, e che fece rigettare tale opinione, si è che il mandante non ha interesse a dolersi quante volte gli si rilascia la cosa pel prezzo da lui medesimo stabilito: il venditore puranche non può gravarsi tostochè il mandante gli offre il prezzo convenuto nel contratto di vendita. Il mandante ratifica pur con ciò quel che erasi fatto oltre il mandato, ed è massima che *ratihabitio mandato æquiparatur.*

Vediamo ora quali sieno le obbligazioni risultanti dal contratto di mandato. Avvi, come lo abbiam detto, quelle del mandatario verso il mandante, e quelle del mandante verso il mandatario. Ciò formerà l'oggetto de' due seguenti capitoli.

CAPITOLO II.

Delle obbligazioni del mandatario.

SOMMARIO

238. *Enunciazione degli obblighi principali del mandatario.*

239. *Sua risponsabilità per non aver eseguito il mandato, potendo farlo.*

240. *Spiegazione del dettame del Codice a tal riguardo.*

241. *L'inadempimento del mandato in parte può anche dar luogo a' danni ed interessi contra il mandatario.*

che venne fatto oltre le facoltà del mandatario, non è sottoposto alle condizioni richieste dall'art. 1338 c. c. perchè sien validi gli atti di conferma.

238. Le obbligazioni del mandatario sono :

1.° Di amministrar l'affare di cui si è incaricato ;

2.° Di apportarvi le cure di un buon padre di famiglia ;

3.° Di render conto della sua amministrazione.

239. Il mandatario poteva ricusare il mandato, ma quantevolte lo abbia accettato, deve adempierlo : *contractus ineundi sunt voluntatis*, *sed initi sunt necessitatis*. Il mandante fidò sulla promessa del mandatario, e la fede che ebbe in lui non dev' essere illusa. Quindi « il mandatario è *tenuto* ad « eseguire il mandato sino a che ne resta incari- « cato, ed è risponsabile de' danni ed interessi ri- « sultanti dal suo inadempimento (art. 1991 c. « c. = *1863 ll. cc.*) » ; salvo nondimeno il caso in cui uno avesse un giusto motivo di scusa di non avervi adempito, come una malattia, che ne lo avesse impedito; giacchè il mandato è un contratto di beneficenza, e quindi non deve ridondare in danno di colui che volle rendere un servizio : *nemini beneficium suum damnosum esse debet.*

E quantunque il mandato finisca con la morte di colui che lo diede, nondimeno il mandatario è *tenuto* a terminar l' affare che trovavasi già incominciato allorchè morì il mandante, se dal ritardo possa derivarne pericolo (*ibid.*); il che, essen-

dovi controversia, si stimerebbe secondo le circostanze del fatto.

240. Ma si noti bene che il Codice non dice in modo assoluto che il mandatario è risponsabile dei danni ed interessi per non aver eseguito il mandato; ma dice che il mandatario è risponsabile de'danni ed interessi *risultanti dall' inadempimento del mandato*, locchè è diverso: imperocchè se questo inadempimento non abbia prodotto alcun danno al mandante, non può esservi luogo a condannare il mandatario a danni ed interessi, poichè i danni ed interessi non sono altro che la compensazione della perdita sofferta e del guadagno che si sarebbe potuto fare; art. 1149 c. c. = *1103 ll. cc.* Or in molti casi l' inadempimento del mandato, supponendolo anche volontario da parte del mandatario, può non cagionare alcun danno al mandante. Per esempio, qualora io abbia avuto incarico di comprare una casa, che ho trascurato di comprare, ed il mandante l' abbia comprata egli stesso, ovvero altri l' abbia per lui acquistata a condizioni non più onerose di quelle che mi erano state imposte, è chiaro in questo caso che il mandante non ha sofferto alcun danno risultante dall' inadempimento del mandato datomi, ed in conseguenza che non ha contro di me alcuna azione per danni ed interessi (1).

Parimente se questa casa che io ho trascurato di

---

(1) L. 8, § 2, ff. *Mandati.*

comprare siasi incendiata fortuitamente poco tempo dopo l'epoca in cui avrei potuto comprarla, nè anche debbo danni ed interessi di sorta alcuna, poichè col fatto non ho cagionato alcun danno al mandante.

È lo stesso se una persona di lontana città mi invii una procura per convenire in giudizio un suo debitore, abitante del luogo in cui io riseggo, e la cui insolvibilità essa ignora: non sarei risponsabile per non aver fatto procedure che sarebbero state di pura perdita.

E non lo sarei di vantaggio, per lo stesso motivo, se avendo assunto l'incarico di rinnovare una iscrizione ipotecaria che era sul punto di perimersi, abbia trascurato di farlo, allorchè, quantunque lo avessi fatto, il mandante nulla avrebbe riscosso del prezzo dello stabile che è stato venduto, perchè creditori precedenti in ordine d'ipoteca lo assorbirono interamente. Ma se il mandante avrebbe potuto esigerne qualche cosa, sarei tenuto a' danni ed interessi verso di lui per una somma uguale a quella che avrebbe riscossa, se per colpa mia non si fosse rinnovata l'iscrizione, e quindi il mandato fosse rimasto senza esecuzione. In somma bisogna sempre tener presente la regola stabilita nella legge 8, § 6, ff. a questo titolo, cioè che l'azione del mandante contro il mandatario per l'inadempimento del mandato, non può mai estendersi oltre il danno da lui sofferto; il che comprende purtuttavolta non solo

la perdita effettiva da costui sofferta, ma anche il guadagno che avrebbe potuto fare nell' operazione, se fosse avvenuta.

241. Il mandatario è risponsabile non solo dell' inadempimento totale del mandato, quando sia avvenuto per colpa sua ed abbia arrecato danno al mandante, ma ancora nello stesso caso dell' inadempimento in certe parti; quindi Diocleziano e Massimiano, nella legge 11 al Codice, a questo titolo, dicono: *Procuratorem non tantum pro his quæ gessit, sed etiam* PRO HIS QUÆ GERENDA SUSCEPIT, *et tam propter exactam ex mandato pecuniam, quam* NON EXACTAM, *tam dolum quam culpam, sumptuum ratione bona fide habita, prestare necesse est.* In conseguenza se io abbia dato mandato a qualcuno di riscuotere per me dal mio debitore una certa somma che aveva prodotto interessi, consegnandogli il titolo del credito, ed abbia egli semplicemente esatto il capitale e rilasciata quietanza pura e semplice, o, il che vale lo stesso, restituito il titolo al debitore, è tenuto verso di me per gl' interessi che io poteva riscuotere, e che ora non posso dimandare a quest' ultimo (art. 1908 c. c. = *1780 ll. cc.*); a meno che purtuttavolta non vi fosse qualche colpa da parte mia, per non essermi bastantemente spiegato nel mandato circa a questi interessi, che diverse circostanze del fatto avessero potuto far credere al mandatario di essermisi pagati.

Per la medesima ragione, qualora do mandato a qual-

cuno di riscuotere per me certi crediti e di astringere i debitori, se essi non paghino e se per favore verso taluni di essi ovvero per negligenza il mandatario non li convenga in giudizio, ed i medesimi diventino poi insolvibili in tutto o in parte, egli è risponsabile verso di me dell'intero danno prodottomi dall'inadempimento del mandato per ciò che li concerneva.

242. Il mandatario è tenuto in tutti i casi pel suo dolo (art. 1992 c. c. = *1864 ll. cc.*), tanto in ciò che non eseguì, e per mala fede, quanto in ciò che fece fraudolentemente.

Puossi addurre per esempio del primo caso quello in cui io incarico taluno, il quale abbia accettato l'incumbenza, di comprarmi il tale fondo che vendevasi, sia mediante il tal prezzo, sia senza stabilire positivamente la somma che io voleva offrire, e questo mandatario, per connivenza con un terzo, da cui ricevè sotto mano una certa cosa, o anche semplicemente che volle favorire in danno mio, non diede i passi convenevoli per comprare questo fondo il quale fu venduto al terzo.

Si può offrire per esempio del secondo caso quello in cui nella suddetta specie il mandatario, per favorire il venditore del fondo, da lui comprato per me, glie ne abbia pagato un prezzo maggior di quello pel quale questo proprietario liberava tale fondo ad altre persone nel medesimo tempo.

Provando questi fatti, potrei ottenere danni ed interessi dal mandatario, pel risarcimento del danno che mi ha arrecato.

243. Il mandatario è tenuto non solamente per lo dolo, ma anche per le colpe commesse nell'esecuzione del mandato; art. 1992 c. c. = *1864 ll. cc.*

A tal riguardo si può dire che il mandatario è tenuto in generale per tutte le colpe che un buon padre di famiglia non avrebbe commesse in amministrare i proprî affari, o gli altrui. Ma nulladimeno non crediamo che vigente il Codice la risponsabilità delle colpe debbe applicarsi sì rigorosamente come in Dritto romano al mandatario il quale non riceva mercede.

In fatti il nostro art. 1992 dopo di aver detto in modo generale che il mandatario è tenuto *per le colpe* commesse nell'esecuzione del mandato, soggiunge immediatamente: « Tal garantia però, « riguardo alle colpe, è applicata meno rigorosa- « mente a colui il cui mandato è gratuito, che a « colui il quale riceve una mercede »; la qual disposizione è affatto ragionevole, e trovasi perfettamente uniforme allo spirito della risoluzione del giureconsulto Ulpiano nella legge 5, § 2, ff. *Commodati*, in cui dice che quando il contratto sia nell'interesse delle due parti, sono esse risponsabili entrambe della colpa lieve, e che quando sia nell'interesse di una delle parti soltanto, questa parte è tenuta sì per ogni specie di colpa, ma l'altra è tenuta soltanto per le sue colpe gravi. In verità siffatta regola riceveva eccezione in materia di mandato: il mandatario, secondo la comune inter-

pretazione de' dottori sulle ll. 13 e 21 al Codice, *Mandati*, era risponsabile di ogni specie di colpa, ed in conseguenza delle colpe anche lievissime, giacchè, si diceva, chi assume l'incarico di un affare deve consultare le sue forze prima di assumerlo; si reputa che egli prometta di adoperarvi tutte le cure e tutta l'abilità che questo affare richiede per essere ben regolato: donde conchiudevasi che, quando anche un mandatario, in un affare che lo riguardava personalmente, avesse commesso una colpa vie più grave di quella da lui commessa nell' affare del mandante, ciò non gli serviva di scusa come ad un depositario (1), ed anche come ad un socio (2).

Ma il Codice evidentemente si allontanò da queste rigorose massime; giacchè se in un dato caso il mandatario dev' esser tenuto per la sua colpa, *pel motivo che riceve una mercede*, è chiaro che non lo dovrebbe se il mandato fosse gratuito; in diverso caso sarebbe del tutto indifferente la circostanza che vi è una mercede, e nondimeno i compilatori del Codice vogliono che vi si ponga mente: donde bisogna conchiudere, come spesso il dicemmo in quest'opera (3), che anche vigente il Codice vi sono gradazioni nelle colpe, o, se vogliasi, vi sono casi in cui il giudice deve avervi ri-

---

(1) § 3, Instit. *Quib. mod. re obl. contrah.*

(2) § 9, Instit. *de Societate.*

(3) *V.* soprattutto nel tomo X, n.° 397 e seguenti.

guardo, e casi nei quali non ne deve formar la base di una condanna a danni ed interessi.

Si opporrebbe forse che soltanto per riguardo al *quantum* de' danni ed interessi il giudice in materia di mandato deve avere riguardo alla circostanza di essere o pur no il mandato con mercede, e che il mandatario, come in Dritto romano, non è meno risponsabile di ogni specie di colpa da lui commessa nell'esecuzione del mandato? Noi non potremmo ammettere simile interpretazione; giacchè dicemmo: o il mandatario dev' esser tenuto per la colpa che gli viene apposta, o non lo deve; nel primo caso il giudice, per determinare il valore de' danni ed interessi, non deve più che considerare il sofferto pregiudizio; nel secondo caso, non competono danni ed interessi. Tale non è dunque il senso della nostra disposizione: essa significa semplicemente di esser ben lecito al giudice il dichiarare non risponsabile per una data colpa il mandatario il cui mandato sia gratuito, mentre che avrebbe potuto condannarlo per la stessa colpa, se il mandato fosse stato con mercede. Suppongasi che un erede beneficiato abbia commesso nella sua amministrazione una colpa *grave*, come dice l'art. 804 c. c. = *721 ll. cc.*: sarà egli risponsabile verso i creditori ed i legatarî di tutto il danno che questa colpa avrà loro cagionato, nè più, nè meno (art. 1149 c. c. = *1103 ll. cc.*); ma se il giudice del fatto reputi che la colpa non sia *grave*, lo assolverà; e poichè il Codice riconosce di esservi colpe

gravi, riconosce pur con ciò di potersene dare alcune che non abbiano questa caratteristica, di esservene di varie sorte: locchè è pur confermato dall'art. 1928 — 4.° c. c. = *1800 — 4.° ll. cc.*

Riassumendo crediamo che il mandatario il quale riceve una mercede dev'essere tenuto nel nostro dritto per la sua colpa anche lieve, e valutata nel senso astratto, cioè prescindendo dalla maggiore o minor diligenza da lui messa nel regolare i proprî affari, simili o pur no a quello affidatogli; per la colpa lieve valutata in riguardo alla diligenza ordinaria de' buoni padri di famiglia ben regolati, come nei contratti interessati da una parte e dall'altra, per esempio la vendita e la locazione: tal che non si scuserebbe allegando la sua negligenza ne' proprî affari; ma che non è risponsabile di una colpa lievissima, di una colpa che un padre di famiglia d'ordinaria diligenza avrebbe potuto commettere, giacchè un venditore, un locatore o un fittaiuolo ed un socio, non sarebbero generalmente tenuti per una colpa di questa natura. Che se il mandato sia gratuito, il mandatario è puranche tenuto per la sua colpa lieve, ma stimata nel senso *concreto*, cioè che sarebbe scusabile se nel disimpegnar l'affare affidatogli avesse avuta la stessa cura che ha per gli affari propri, quando anche un altro padre di famiglia più vigile o più intelligente avesse mostrato maggior cura ed abilità nell'esecuzione del mandato; che in conseguenza non sarebbe risponsabile di quelle colpe che nella dottrina

son dette lievissime. Ma in ogni caso, o che il mandato fosse gratuito o con mercede, il mandatario è risponsabile delle colpe *gravi*, e non mai de' casi fortuiti, tranne se fossero stati cagionati da una di quelle colpe di cui il mandatario dovrebb' essere tenuto.

Del resto noi riconosceremo volentieri che è impossibile lo stabilir regole esatte e precise circa alla risponsabilità delle colpe: in questa materia si volle lasciar molto alla prudenza ed alla saviezza del magistrato, il quale deve decidersi secondo la natura della cosa e le circostanze del fatto.

244. *Quid* se il mandatario abbia procurato vantaggi in taluni affari, ma abbia prodotto perdite per sua colpa in altri? Nel caso di amministrazione degli affari altrui senza mandato, il giureconsulto Pomponio dice nella l. 11, ff. *de Negotiis gestis*, che se il gestore abbia procurato dell'utile in certe operazioni ed arrecato perdita in altre, il proprietario dee compensare il guadagno con la perdita (almeno sino alla debita concorrenza). Ma in materia di società le ll. 25 e 26 ff. *pro socio*, la cui massima fu seguita da' compilatori del Codice (art. 1850 c. c. = *1722 ll. cc.*), non ammettono questa compensazione. Il motivo che può assegnarsene si è che non avvi compensazione se non laddove vi è credito e debito nel tempo stesso: or il socio non può dirsi creditore della società o de' suoi consocî, pei vantaggi che procurò in taluni affari della sua amministrazione, poichè era dover suo il

procurarli, se gli era possibile, mentre che non doveva cagionare alcun danno. In vece che in materia di gestione di affari, non può dirsi che il gestore era tenuto di procurar vantaggi al padrone, ma soltanto non doveva cagionargli alcuna perdita: or se abbia procurato un utile in certe operazioni ed arrecato perdita in altre, è assai conforme all'equità che si compensi fino alla debita concorrenza, e che la gestione sia così presa nel suo complesso. Ma siccome il mandato, al pari della società, è un contratto; siccome il mandatario erasi obbligato a procurare i vantaggi che potrebbe ed a non commettere colpa alcuna, bisogna applicar la massima prevalsa in fatto di società, salvo a modificarla a seconda delle circostanze della causa, e soprattutto per la ragione che il mandato fosse gratuito.

245. Ogni mandatario dee render conto del suo operato, e corrispondere al mandante tutto quello che ha ricevuto in forza della sua procura, quando anche ciò che ha ricevuto non fosse dovuto al mandante; art. 1993 c. c. = *1865 ll. cc.*

Ed in fatti tostochè ha ricevuto in virtù del mandato pel mandante, non deve esaminare se la cosa era dovuta o pur no: non egli, ma il mandante può essere astretto alla restituzione, e perciò deve corrispondergli quel che ha ricevuto, benchè fosse chiaramente dimostrato che la somma o la cosa pagata non era dovuta. Aggiungasi che se il terzo non isperimentava l'azione di ripetizione, il mandato,

ch'è gratuito per natura sua, sarebbe col fatto cagione di lucro pel mandatario, se costui non fosse obbligato di corrispondere al mandante ciò che ha ricevuto.

246. La buona fede che dee presedere essenzialmente all'esecuzione del contratto di mandato non permette al mandatario di far servire ad uso proprio il danaro del mandante, senza costui permissione: in conseguenza, « dee di pieno dritto gl'in-« teressi delle somme che ha impiegate a proprio « uso, dalla data di tale impiego; e di quelle di « cui sia rimasto in debito, dal giorno in cui fu « costituito in mora; art. 1996 c. c. = *1868 ll.* « *cc.* ».

Siccome la mala fede non si presume, ed altronde il mandante sarebbe attore, spetterebbe a lui, se dimandasse interessi per impiego di somme fatte dal mandatario per proprio uso, il provare questo impiego, non che l'epoca in cui pretendesse di essere avvenuto. Questa pruova non sarà sempre facile, ma deve sempre farsi in tutt'i casi nei quali il mandatario non confessasse di aver impiegato il danaro per uso proprio.

247. Indipendentemente da questi interessi, il mandatario in taluni casi potrebbe esser condannato a danni ed interessi verso il mandante. Per esempio, se io ho incaricato qualcuno, consegnandogli la somma necessaria, di pagare per me il tale debito; se egli invece di pagarla, abbia impiegata la somma ad uso proprio, ed il mio creditore mi

abbia cagionato spese, il mandatario senza dubbio mi dovrà, oltre gl' interessi della somma da me consegnatagli, e dal giorno in cui l' impiegò ad uso proprio, i danni ed interessi per le spese che ho sofferto. Altronde, siccome sarei stato io stesso tenuto a pagare interessi al mio creditore, a motivo della mia costituzione in mora, quelli che mi saranno pagati dal mandatario, indipendentemente da' danni ed interessi, non lo saranno *sine causa*. L' art. 1153 c. c. = *1107 ll. cc.*, il quale richiede che nelle obbligazioni che sono ristrette al pagamento di una somma determinata, i danni ed interessi non consistono giammai se non negl' interessi stabiliti dalla legge, salvo le regole particolari al commercio ed alla malleveria (1), e che quest' interessi non sono dovuti se non dal giorno della dimanda, eccettuati i casi ne' quali la legge dichiara che debbono *ipso jure* decorrere; questo articolo, diciamo, non è qui applicabile, giacchè l' obbligazione del mandatario non *si limitava* ad una certa somma, ma consisteva in *fare* qualche cosa.

E nella specie si reputerà che il mandatario abbia impiegato il mio danaro a proprio uso dal dì in cui doveva pagarlo al mio creditore: ciò soprattutto sarà particolarmente vero qualora siasi andato da lui, dietro mio avviso, per ricevere il pagamento, ed egli non abbia voluto farlo per mal fondati motivi.

---

(1) Ed alla società; art. 1846 c. c. = *1718 ll. cc.*

248. La costituzione in mora di pagare la somma residuale dovuta dal mandatario, ed a computar da cui il nostro art. 1996 fa correre gl' interessi, è mai soltanto una dimanda giudiziale, ovvero basta a tal uopo una semplice intimazione stragiudiziale? Attenendosi all' art. 1153 c. c. = *1107 ll. cc.*, vi occorrerebbe una dimanda giudiziale, giacchè l' obbligo del mandatario non è più ora che di pagare una somma; ma il nostro articolo si limita a chiedere una *costituzione in mora*: or secondo l' art. 1139 c. c. = *1093 ll. cc.*, il debitore è costituito in mora tanto con una semplice intimazione o altro atto equivalente, quanto con una domanda giudiziale. Aggiungasi che in casi i quali non sono vie più favorevoli di questo, il Codice si contenta di una semplice intimazione per far correre gl' interessi: appunto così specialmente, in conformità dell' art. 1652 c. c. = *1498 ll. cc.*, il compratore dee gl' interessi del prezzo di vendita, qualora sia stato *intimato a pagare*; appunto così secondo l' art. 474 c. c. = *397 ll. cc.*, gl' interessi di ciò che il minore deve al tutore decorrono dal giorno della *intimazione di pagare* che ha seguita l' ultimazione del conto di tutela: locchè prova che il suddetto art. 1153 non è talmente assoluto, che non riceva qualche limitazione in certi casi, giacchè in quelli da noi citati la legge non fa correre gl' interessi di *pieno dritto*, e nulladimeno non richiede una dimanda giudiziale perchè decorrano. La intimazione di pagare la somma

residuale, non seguita da effetto, deve assimilarsi all' impiego fatto dal mandatario per proprio uso del danaro del mandante: essa ne è anche la pruova, almeno generalmente.

249. Prima della legge del 28 aprile 1832, la quale modificò l' attual Codice penale, il mandatario infedele non salariato, non poteva assimilarsi al depositario o reo d' abuso di fiducia; in conseguenza non poteva essere astretto in via correzionale per la restituzione di somme ricuperate pel mandante, benchè le avesse distratte a suo favore (1). Ma questa legge assimilò il mandatario non salariato al mandatario salariato, o al depositario, e sì all' uno che all' altro sono applicabili le pene comminate dall' art. 408 c. pen. = *430 n.° 4 ll. pen.* per abuso di fiducia.

E dee dirsi così non solo nel caso in cui il mandatario abbia dissipato o distratto a favor suo le cose consegnategli direttamente dal mandante, ma eziandio nel caso che sieno somme o altri oggetti che i terzi debitori del mandante pagarono o rilasciarono al mandatario; giacchè avendole costui ricevute pel mandante in adempimento del mandato, per restituirle o esibirle a lui, è del pari nel caso letteralmente preveduto da questo articolo. Realmente in danno del mandante egli le distrasse o dissipò, poichè i terzi debitori di esso mandante sono liberati verso di lui col pagamento che fecero al mandatario.

---

(1) *V.* l' arresto di cassazione del 16 gennaio 1808; *Sirey*, 1808, 1, 223, e quello del 20 maggio 1814; *Sirey*, 1814, 1, 149.

250. Per massima, nulla osta che il mandatario (a) incarichi un'altra persona della incumbenza di cui egli stesso si è incaricato, se non gli sia stata interdetta questa facoltà nell'atto del mandato o dopo; ma a tal riguardo bisogna distinguere:

O la procura tace su questo punto;

O autorizza il mandatario a sostituirsi qualcuno, con indicare o pur no la persona.

Nel primo caso il mandatario è tenuto per colui che ha sostituito nella sua incumbenza (art. 1994 c. c. = *1866 ll. cc.*); giacchè è il proprio mandatario, anzichè quello del mandante; ed a parer nostro, egli potrebb' essere risponsabile verso quest' ultimo della tale colpa del sostituito, di cui il medesimo andrebbe scusato a suo riguardo, sia perchè ricevesse un salario, mentre che il sostituito non ne riceverebbe, sia perchè il mandante nello scegliere il mandatario avesse avuto particolarmente riguardo all' abilità di lui nel genere di operazioni di cui lo incaricava, nell' atto che il sostituito non offriva la garantia di una stessa abilità; perlochè mal fece il mandatario di sceglierlo per sostituirselo.

Nel secondo caso, se il mandato indichi la persona, il mandatario non è risponsabile della costei

---

(a) Il maestro della nave, più facilmente dell' *institore*, potea per dritto romano sostituire altri a disimpegnare gli affari ai quali presedeva: l. 1, § 5, ff. *de exerc. act.*: la ragione si è perchè potea avvenire di trovarsi il maestro della nave in lontane regioni; e per l' opposto l' *institore* negoziando nei traffici terrestri, potea sentirsela col padrone. TRAD.

amministrazione, tranne nondimeno se dopo il mandato sieno in essa sopraggiunte certe cause d'impedimento rimaste ignote al mandante, e che fossero giunte a notizia del mandatario e di cui egli non avesse avvertito il mandante prima di sostituirsi il terzo; giacchè in tal caso la buona fede richiederebbe che fosse risponsabile della cattiva amministrazione di costui, o dell'inadempimento del mandato.

Quando la facoltà di sostituirsi alcuno sia stata conferita al mandatario senza indicazione della persona, egli non è risponsabile dell'oprato del sostituito se non qualora la persona da lui scelta era notoriamente incapace o insolvibile; medesimo art. 1994 c. c. = *1866 ll. cc.*

251. In tutti i casi può il mandante direttamente (a) agire contra la persona sostituita dal mandatario; *ibid.* A tal uopo non ha egli bisogno d'invocare la regola generale dell'art. 1166 c. c. = *1119 ll. cc.*, con cui dichiarasi che i creditori possono esercitare tutti i dritti e tutte le azioni del lor debitore, eccettuate però quelle che sono esclusivamente personali. All'opposto il mandante potrà agire in *nome proprio* e *direttamente* contra il sostituito; talmente che il prodotto dell'azione non si repu-

—

(a) Per diritto romano il mandatario dovea rispondere del fatto di colui che sostituiva, in guisa però che il primo mandante non avea azione che contro il primo mandatario, e questi contro del secondo: *Decis. della Gran Corte civile di Napoli dei 30 luglio 1836 nella causa tra* Medici *ed* Ottajano. Trad.

terà di appartenere al mandatario, per essere distribuito a siffatto titolo fra tutti i creditori di quest' ultimo, compreso il mandante, e *pro rata;* ma al contrario appartiene per intero al mandante, come derivante direttamente dalla cosa sua, e non da quella del mandatario. Noi già vedemmo parecchi esempî di tali azioni dirette contra terzi, ed uno in ispecie ce ne offre l' art. 1753 c. c. = *1599 ll. cc.*

252. Se il mandato vietasse espressamente al mandatario di sostituirsi alcuno, o di sostituirsi la tale persona, e nondimeno il mandatario avesse fatto la sostituzione, dovrebbesi considerarla come nulla e di niun effetto, anche riguardo ai terzi i quali avessero contrattato col sostituito. L' art. 1119 c. c. = *1073 ll. cc.* il quale dice che niuno in generale può obbligarsi o stipulare nel suo proprio nome, fuorchè per se medesimo, potrebbesi applicare agli atti formati dal sostituito, ed il mandatario sarebbe tenuto verso il mandante per ogni specie di colpa commessa dal sostituito nel suo oprato, e che gli avesse di fatto cagionato qualche pregiudizio, senza parlare de' danni ed interessi risultanti dalla inesecuzione del mandato come doveva essere eseguito.

253. Quando in un solo atto si sono costituiti più procuratori o mandatarî, non vi ha solidità fra essi se non in quanto è stata espressa; art. 1995 c. c. = *1867 ll. cc.*

È questa una derogazione al Dritto romano, nel

quale all' opposto i diversi mandatarî per lo stesso affare, benchè costituiti col medesimo mandato, erano tenuti ciascuno *in solidum* degli effetti dell' azione *mandati directa* (1), probabilmente perchè consideravasi l' obbligazione di fare la cosa che era l' oggetto del mandato come una obbligazione indivisibile e contratta da ciascun mandatario. È preferibile la disposizione del Codice, poichè è meno onerosa pei mandatarî, che prestano un servizio e non ne ricevono. Vero è che, giusta l'art. 1033 c. c. = *988 ll. cc.*, i diversi esecutori testamentarî, i quali sono tante specie di mandatarî, sono tenuti in solido a render conto de' mobili loro affidati, purchè il testatore non abbia diviso le loro funzioni, e ciascuno di essi non siasi ristretto a quella che gli fu attribuita; ma n'è motivo di essersi creduto che bisognava dare la maggior garantia possibile ai legatarî, i quali non ebbero parte alcuna nella scelta che il testatore fece degli esecutori testamentarî.

254. La divisione dell' azione tra i diversi mandatarî è purnondimeno salva l' azione per lo intero contra quello fra essi il quale col suo fatto personale ed individuale abbia arrecato danno al mandante, o riscosso per lui somme che rimanesse dovendo: circa a questa somma o circa ai danni ed interessi dovuti per tal fatto, è indubitato che il detto mandatario possa venire astretto in giudizio

---

(1) L. 60, § 2, ff. *Mandati.*

e condannato *in solidum*, giacchè ciascuno è tenuto *in solidum* del suo fatto personale. Ma qualora ciò sia per inadempimento del mandato, o per un fatto di cattiva amministrazione comune a tutti i mandatarî, o per somme introitate da tutti, sia direttamente dal mandante, sia da' suoi debitori, allora si applica il nostro articolo, ed il mandante non ha azione solidale contra ciascuno di essi se non quando siasi espressa la solidalità nel mandato. Nulladimeno se abbiano commesso verso il mandante un delitto della natura di quello preveduto dall'art. 408 c. pen. = *430, n.° 4 ll. pen.*, e vengano condannati per questo fatto, sono solidalmente risponsabili de' danni ed interessi e delle restituzioni come *delinquenti*, in virtù dell' art. 55 del medesimo Codice = *51 ibid.*

255. Se due mandatarî, in vece di essere stati costituiti col medesimo atto, vennero nominati con atti diversi, per lo stesso o per gli stessi affari, con dichiarazione nel secondo atto di non rivocare il primo, devesi in ciò scorgere non già un solo mandato, ma due mandati, pei quali in conseguenza i diversi mandatarî sono risponsabili ciascuno *in solidum* di quanto fecero e di quanto avrebbero dovuto fare.

256. Qualora vengano scelti più mandatarî col medesimo atto, se le funzioni sono divise, ognun di essi deve contenersi in quella assegnatagli, ed è risponsabile soltanto del suo oprato; giacchè in questo caso pure vi sono più mandati: ve n' ha tanti

quante sono le gestioni, ancorchè il mandante non avesse espressamente dichiarato che ciascun mandatario dovrà limitarsi in quella che gli fu assegnata, mentre ciò si sottointendeva; ed uno di essi non potrebbe agire in mancanza degli altri in ciò che riguardasse la loro gestione, se non quando il mandato ve lo autorizzasse espressamente.

Ma se le funzioni non sieno state divise, ciascun mandatario può agire in mancanza degli altri, come lo possono gli esecutori testamentarî in simil caso; e, secondo pocanzi abbiam detto, ciascuno è risponsabile *in solidum* del proprio fatto.

257. Come già avemmo occasione di dirlo, il mandatario il quale abbia dato alla parte con cui contrattò una bastante notizia delle sue facoltà, non è tenuto nel nostro Dritto a veruna garantia per quello che si è operato oltre i limiti di tali facoltà, fuorchè quando vi si sia personalmente obbligato; art. 1997 c. c. = *1869 ll. cc.*

Si reputa che il terzo siasi rimesso al mandante per tutto ciò che venne fatto fuori i limiti del mandato di cui gli si diede bastante notizia. Ma se il mandante ratifica quanto fecesi oltre le facoltà ricevute, è come se avesse da principio conferito mandato di farlo, giusta la regola *ratihabitio mandato æquiparatur;* salvo nondimeno il dritto de' terzi, riguardo a' quali la ratifica non avrebbe effetto retroattivo.

258. L'atto contenente questa ratifica non è soggetto alle formalità prescritte dall'art. 1338 c. c. =

1292 *ll. cc.*, giacchè non è questo il caso di una obbligazione contra la quale la legge ammetteva l' azione per rescissione o per nullità. Fu così giudicato, e molto ragionevolmente, con arresto di cassazione, da noi riferito nel tomo XIII, n.° 205.

CAPITOLO III.

Delle obbligazioni del mandante.

SOMMARIO.

259. *Le obbligazioni del mandante considerate in doppio aspetto.*

260. *Queste obbligazioni considerate riguardo a' terzi coi quali il mandatario contrattò.*

261. *Continuazione.*

262. *Se il terzo con cui il mandatario contrattò abbia direttamente, ed in suo nome, azione contra il mandante, e reciprocamente. Distinzione da farsi.*

263. *Ciò che il mandante deve rimborsare al mandatario.*

264. *Se il mandatario che abbia pagato con danaro proprio una cosa comprata in nome del mandante goda di un privilegio su questa cosa.*

265. *Il cattivo esito delle operazioni fatte dal mandatario, senza alcuna colpa che gli sia imputabile, non dispensa il mandante dall' adempiere alle sue obbligazioni.*

266. *Come debbe intendersi la disposizione del Codice con cui dichiarasi che il mandante non può far ridurre le spese erogate dal mandatario, sotto pretesto che avrebbero potuto esser minori.*

267. *Sviluppamenti del canone di dovere il mandante rimborsare al mandatario le anticipazioni da costui fatte per eseguire il mandato.*

268. *Continuazione.*

269. *Il mandatario deve anche esser fatto indenne delle perdite che abbia sofferte per occasione delle assunte incumbenze, ed applicazione della regola.*

270. *Ha dritto agl' interessi delle somme da lui anticipate, dal giorno in cui si verifica di essersi fatto il pagamento.*

271. *Se il mandatario costituito da più persone per un affare comune le abbia tutte solidalmente obbligate circa agli effetti del mandato.*

259. Le obbligazioni del mandante possono considerarsi in doppio aspetto: o per riguardo a' terzi co' quali il mandatario contrattò in esecuzione del mandato, o per riguardo al mandatario stesso, sia per le fatte anticipazioni, sia per la mercede che gli fosse stata promessa.

260. Circa alle obbligazioni del mandante riguardo a' terzi, il mandante è tenuto ad eseguir le obbligazioni contratte dal mandatario, a norma delle facoltà che gli ha date; art. 1998 c. c. = *1870 ll. cc.*

Ma non è tenuto per ciò che il mandatario avesse fatto oltre tali facoltà, se non in quanto egli l'abbia espressamente o tacitamente ratificato; *ibid.*

Ciò che si fosse fatto oltre i limiti del mandato è nullo da per sè riguardo a lui, e non soltanto annullabile: tal che non ha egli bisogno d'intentare un'azione contra il terzo il quale contrattò col mandatario, per far annullare ciò che fecesi oltre i limiti del mandato, bastandogli di dichiarare che non lo riconosce; e può in conseguenza rifiutarlo in ogni epoca, se non l'abbia approvato espressamente o tacitamente. L'art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.* sulla durata delle azioni per nullità o per rescissione, è estraneo a questo caso. Non avvi obbligazione pel mandante.

261. Convien notare che il nostro art. 1998 non dice che il mandante è tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario in *suo nome*, di esso mandante; ma dice in modo generale che

il mandante è tenuto ad eseguir le obbligazioni *contratte dal mandatario*, a norma delle facoltà che gli ha date; ed in fatti, come più sopra abbiam detto, può darsi che il mandatario abbia contrattato in nome proprio col terzo, e sempre in esecuzione del mandato, giacchè aveva forse qualche ragione di non far conoscere a'terzi colui che gli diede la incumbenza: or in questo caso ancora, come in quello in cui il mandatario abbia contrattato in nome del mandante, quest'ultimo deve eseguire le obbligazioni dal primo contratte a norma delle facoltà che gli furono date; al pari che nel caso di gestione degli affari altrui senza mandato, il proprietario il cui affare è stato bene amministrato deve adempire le obbligazioni che il gestore ha contratte in suo nome, e farlo indenne da quelle che ha personalmente assunte; art. 1375 c. c. = *1329 ll. cc.*

262. Quando il mandatario abbia contrattato in nome del mandante, non è dubbioso che possa costui agir direttamente contra il terzo con cui egli contrattò, e reciprocamente che il terzo possa agir direttamente contra il mandante: ma non avvien lo stesso quando il mandatario abbia contrattato in nome proprio, come costantemente usavasi dai Romani, e come vedesi talvolta fra noi in materia di mandato ordinario, e quasi sempre allorchè contratta un commessionato. In tal caso perchè il mandante possa agire contra il terzo, bisogna che si faccia cedere l'azione dal mandatario contra di co-

costui, e reciprocamente bisogna che il terzo si faccia cedere l' azione dal mandatario contra il mandante per agire contra di quest' ultimo; altrimenti l' uno e l' altro non isperimenterebbero che l'azione generale dell' art. 1166 c. c. = *1119 ll. cc.*, ed in nome del loro debitore.

Da ciò segue che se io do incarico a taluno, per esempio ad un commessionato, di comprarmi una certa parte di mercanzia, che egli compra in nome suo, non io, ma il commessionato ha l'azione contra il terzo venditore per obbligarlo al rilascio, e ciò quando anche io avessi dato i fondi necessarî per fare l' operazione, ed offrissi di provare che questi fondi servirono a pagare in tutto o in parte il prezzo della compra: talmente che se il commessionato fallisca, ancorchè io offra di fare la suddetta pruova, non ho il dritto di rivendicare le mercanzie in mano del terzo venditore; ma questo dritto appartiene alla massa de' creditori del fallito, salvo a me di concorrere nelle distribuzioni di danaro con gli altri creditori, per le somme che avessi anticipato a questo commessionato, non che pei danni ed interessi che mi potrebbero esser dovuti. In vece che se il commessionato avesse comprato in nome mio, come l' art. 92 c. com. = *88 ll. ecc. com.* suppone di essersi potuto fare, io e non già il commessionato sarei riputato compratore, ed in conseguenza potrei ripetere dal terzo la mercanzia comprata, salvo a corrispondere al venditore ciò che gli fosse dovuto, ed al fallimento del commessio-

nato, le anticipazioni che costui avesse fatte, non che il suo dritto di commessione.

In senso inverso, se io abbia spedite mercanzie ad un commessionato per venderle, non ho azione in mio nome contra colui al quale egli le vendè in nome proprio. Nondimeno se il commessionato sia caduto in fallimento, la legge per un favore particolare e motivato sulla sicurezza di cui si dovè circondare il commercio, mi accorda il dritto di ripetere dal terzo compratore il prezzo delle mercanzie vendute, se non siasi soddisfatto al commessionato, e nè anche passato nel conto tra costui ed il compratore (art. 581 c. com.=*575 ll. ecc. com.*): talmente che in questo caso, io non concorro per contributo con la massa degli altri creditori del commessionato fallito, ma dimando il prezzo per intero, come se avessi venduto io medesimo, o come se il commessionato avesse venduto in mio proprio nome.

263. Il mandante dee rimborsare al mandatario le anticipazioni e le spese che questi ha fatto per l' esecuzione del mandato, e dee pagargli la mercede, se l' abbia promessa; art. 1999 c. c.=*1871 ll. cc.*

264. Il mandatario che abbia pagato con danaro proprio una cosa da lui comprata *in nome del mandante*, ha egli su questa cosa un privilegio pel rimborso di quanto pagò?

Se trattisi di una cosa mobile, di cui sia per anco detentore, crediamo che abbia il dritto di ri-

tenzione fino al rimborso ; e ciò tanto rispetto ai creditori del mandante, quanto riguardo allo stesso mandatario , come un depositario ha questo dritto sino al rimborso delle spese da lui fatte per la conservazione del deposito ; art. 1948 c. c. = *1820 ll. cc.* La corte di Brusselles , con decisione del 13 giugno 1810 (1), giudicò in questo senso, dichiarando che colui il quale abbia comprato mercanzie per un commerciante , di poi fallito , non era in obbligo di farne il rilascio a quest' ultimo , finchè non gli si fossero pienamente restituite le somme da lui spese , ancorchè la maggioranza de' creditori avesse fatto un' accordo col fallito , e con questo atto gli avesse conceduto rimessioni e dilazioni per pagare il resto. Or avrebbe dovuto decidersi lo stesso se la massa de' creditori avesse rivendicata la mercanzia comprata, senza offrire al mandatario il valore delle spese da lui fatte.

Ma se nella specie qui sopra supposta , il mandatario abbia consegnata la cosa al mandante , o se trattisi di un immobile, consegnato o pur no a costui, il mandatario non ha che un semplice credito, per essere rimborsato delle sue anticipazioni. Ed in effetti non vedesi che questo dritto di ritenzione sia stato ammesso dal Codice in materia d' immobili , e nè tampoco vedesi che il Codice abbia sancito un privilegio in simil caso: perchè esistesse, bisognerebbe che il mandatario si fosse obbligato

(1) *Sirey* , 1811 , 2 , 117.

come fideiussore al pagamento del prezzo : allora, come legalmente surrogato in virtù dell' art. 1251 n.º 5 c. c. = *1204 n. 3.º ll. cc.*, egli avrebbe il privilegio del creditore venditore, privilegio accordato dalla legge a coloro i quali essendo tenuti per altri o con altri, avevano interesse alla soddisfazione del debito da essi pagato ; ovvero bisognerebbe che il venditore, ricevendo il suo pagamento dal mandatario, avesse surrogato costui a' suoi dritti : in effetti in questo caso puranche competerebbe al mandatario il privilegio del venditore, in virtù dell' art. 1250—1.º c. c. = *1203—1.º ll. cc.*; giacchè non eravi alcun ostacolo che questo venditore, creditore del prezzo di vendita, non concedesse tale surrogazione al mandatario come ad ogni altro che l'avesse pagato. Nè tampoco era vietato al mandatario di pensare alla sicurezza de' suoi dritti, anche eseguendo puntualmente il mandato. E converrebbe dir così eziandio nel caso in cui il mandante desse incarico al mandatario di pagare con danaro proprio il prezzo dell'acquisto, purchè non gl' interdicesse formalmente la facoltà di farsi surrogare ai dritti del venditore : ma in quest' ultimo caso, siccome il mandatario non avrebbe potuto farsi surrogare che contravvenendo alla propria obbligazione, la surrogazione dovrebbe rimanere senza effetto, ed il mandatario non altro avrebbe che la semplice azione di mandato contra il mandante.

Se il mandatario che abbia pagato con suo danaro la cosa comprata, abbia acquistato *in suo pro-*

prio nome (1), siccome in tal caso il mandante, secondo ciò che abbiam detto più sopra, non ha la cosa direttamente dal venditore, ma dal mandatario, poichè non al mandante, ma al mandatario il terzo venditore intese vendere e conferir la proprietà, devesi dire che al mandatario compete il privilegio inerente alla qualità di venditore, cioè in virtù del n.° 4 dell' art. 2102 c. c. = *1971 ll. cc.*, qualora trattisi di una cosa mobile, ed in virtù dell' art. 2003—1.° c. c. = *1875— 1 ll. cc.*, se trattisi di un immobile; purchè nella prima ipotesi la cosa, quantevolte siasi consegnata al mandante, si trovi ancora in suo possesso; e se il mandatario non l'abbia per anco consegnata al mandante, può ritenerla finchè non gli vengano rimborsate le fatte anticipazioni.

265. Quando non sia imputabile alcuna colpa al mandatario, non può il mandante dispensarsi dal rimborsargli le anticipazioni da lui fatte o dal pagargli la promessa mercede, ancorchè l'affare non fosse riuscito, nè può far ridurre la somma delle spese e delle anticipazioni, col pretesto che avrebbero potuto esser minori; art. 1999 c. c. = *1871 ll. cc.*

Nè tampoco è dispensato con ciò di adempiere riguardo ai terzi le obbligazioni contratte in esecuzione del mandato.

---

(1) Supponiamo che non abbia comprato per persona nominanda, o se abbia comprato con tale riserva, che l' accettazione del mandante non sia avvenuta fra il termine legale.

Il mandatario in fatti non può essere responsabile del cattivo esito dell' affare di cui fu incaricato, quando non abbia commesso alcuna colpa nell' esecuzione del mandato; e sarebbe nondimeno un rendernelo responsabile sino ad un certo punto, se il mandante con tale pretesto potesse dispensarsi dal rimborsargli le fatte anticipazioni e dal pagargli la convenuta mercede.

Del resto se la mercede si fosse promessa nel caso soltanto che l' affare riuscisse, è chiaro che non sarebbe dovuta se l' affare non fosse riuscito; ma anche allora, si dovrebbero pure rimborsare al mandatario le spese e le anticipazioni, tranne patto in contrario.

266. Quando il Codice dice che il mandante non può far ridurre la somma delle spese e delle anticipazioni col pretesto che avrebbero potuto esser minori, allorchè il mandatario non abbia commesso alcuna colpa nell' esecuzione del mandato (ed in conseguenza allorchè non abbia ecceduto i limiti dal mandante stabiliti per queste medesime spese ed anticipazioni), ciò nondimeno va inteso nel senso, che il mandante non deve cavillare su tali oggetti, ancorchè il mandatario, o chiunque altro, avrebbe potuto spendere un poco meno nell' operazione; ma non già nel senso che il mandatario, perchè non gli si fosse limitata la spesa che doveva erogare, potesse farsi rimborsare una somma evidentemente esagerata; giacchè precisamente, spendendo questa somma, avrebbe commessa una col-

pa, quantunque altronde avesse perfettamente eseguito il mandato sotto ogni altro riguardo, e perciò non sarebbe più nel caso preveduto dal nostro articolo.

267. Il mandante deve rimborsare al mandatario, non solo le anticipazioni che costui abbia fatte per l'esecuzione del mandato, ma ancora ciò che un terzo abbia speso per la stessa cagione in nome del mandatario: per esempio, se vi ho garantito in faccia al vostro mandante, e colui che amministrava i miei affari abbia pagato al vostro creditore, per liberarmi dalla mia fideiussione, è chiaro che ho fin da questo momento azione contra di voi, poichè mi trovo io stesso obbligato a rimborsare al gestore de' miei affari ciò che abbia sborsato per liberarmi dalla mia fideiussione, e che ha prodotto la vostra liberazione in faccia al vostro creditore. Tale è il parere di Celso nella legge 50, ff. a questo titolo.

268. Ed avverrebbe lo stesso del caso in cui il terzo che mi ha liberato dalla mia fideiussione, e che per conseguenza vi ha liberato dalla vostra obbligazione, avesse, pagando, voluto farmi personalmente una liberalità; giacchè v'importa poco che a questo terzo competa o pur no un'azione contro di me per la ragione di aver egli pagato: il punto importante per voi, è che siate liberato dalla vostra obbligazione: or siccome lo siete, e lo foste in mia considerazione, io ho l'azione *mandati* contro di voi. È come se il vostro debito si fosse pa-

gato con mio danaro; è come se il terzo il quale volle farmi tale liberalità avesse sborsato a me stesso il danaro, in vece di sborsarlo al vostro creditore in mia considerazione, e come se io lo avessi dipoi pagato io medesimo al vostro creditore per estinguere la mia fideiussione, ed in conseguenza il vostro debito. *Marcellus fatetur: si quis donaturus fidejussori pro eo solverit creditori, habere fidejussorem mandati actionem;* l. 12, § 1, ff. *hoc tit.*

Avvien lo stesso, e pel medesimo motivo, se il terzo che volle liberarmi dalla mia fideiussione con la mira di farmi una liberalità, abbia quietanzato il vostro creditore che trovavasi di essere suo debitore; l. 26, § 3, ff. *eod. tit.*

269. Il mandante dee parimente far indenne il mandatario delle perdite dal medesimo sofferte *per occasione* delle assunte incumbenze, quando non gli si possa imputare alcuna colpa; art. 2000 c. c. = *1872 ll. cc.*

Nel Dritto romano come nella nostra antica giurisprudenza fu sempre ritenuto che il mandante dee fare indenne il mandatario per le perdite che l'esecuzione del mandato abbia prodotto direttamente a costui; ma quando il mandato fu semplicemente l'occasione o la causa remota della perdita, il Dritto romano, seguito da Pothier e da altri autori francesi, non accordava indennità per simile perdita. Per tal modo il giureconsulto Paolo, nella legge 26, § 6, ff. *Mandati*, dichiara che il mandatario derubato da ladri in un viaggio intrapreso

per eseguire il mandato, o che abbia perduto i suoi effetti in un naufragio, o che abbia fatto spese per curarsi in una malattia sofferta durante il viaggio, non possa dimandare alcuna indennità per questo danno, attesochè tale perdita è piuttosto effetto d' un caso fortuito, che effetto del mandato: *non omnia quæ impensurus non fuit, mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit (procurator) a latronibus, vel languore suo suorumque apprehensus, quædam erogaverit: nam hæc magis casibus quam mandato imputari oportet.*

I giureconsulti romani purtuttavolta non furono di accordo su questo punto in materia di società. Quindi Ulpiano, nella legge 52, § 4, ff. *pro Socio*, seguendo in ciò il parere di Giuliano, dice che se un socio sia aggredito da masnadieri in un viaggio intrapreso per gli affari della società, ed i suoi schiavi sieno stati feriti, ed il suo danaro e le sue cose rubate, tali perdite e le spese fatte per curar gli schiavi, debbano sopportarsi da tutti i socî. Trovasi una simile disposizione nella legge 61 al medesimo titolo.

Al contrario Pomponio, nella legge 60, § 1, *eodem tit.*, abbracciando il parere di Labeone, non accordava indennità al socio rispetto a' consocî, per le perdite sofferte in simil caso, o altre analoghe, quantunque tali perdite sieno avvenute *propter societatem*, non essendo avvenute, ei dice, *in societatem*. Egli assimilava queste perdite a quella risultante dalla rivocazione di una istituzione di

erede fatta in favore del socio, e che il testatore avea soppressa, per disgusto verso la società. L'analogia, a parer nostro, non era perfetta.

Avendo creduto i compilatori del Codice, e con ragione, di dover dichiarare che un socio ha azione contra la società *pei rischi inseparabili dalla sua amministrazione* (art. 1852 c. c. = *1724 ll. cc.*), ed avendo similmente detto che il deponente è obbligato di fare indenne il depositario di tutte le perdite che il deposito può avergli *cagionate* (art. 1947 c. c. = *1819 ll. cc.*), dovettero per lo stesso motivo, allontanandosi dalla dottrina de' romani giureconsulti, seguita da Pothier, accordare una indennità al mandatario, per le perdite dal medesimo sofferte *per occasione* delle assunte incumbenze, quando non gli si possa imputare alcuna colpa; giacchè il mandato per natura sua è un contratto di beneficenza, e non sarebbe conforme all' equità che il mandatario, il quale volle prestare un servizio, ne patisse un danno. In vano si opporrebbe che la cagione del pregiudizio è il caso fortuito, e non il mandato: sì, la causa diretta, immediata del danno è il fatto che lo produsse, ma senza il mandato stesso, questo fatto non sarebbe avvenuto: adunque il mandato ne è la causa, se non immediata, almeno mediata.

E siccome il nostro articolo (2000 = *1872*) non distingue se il mandato sia o pur no con mercede, la sua disposizione si applica tanto all' uno che all'altro caso. Altronde il contratto di società è nell'in-

teresse di tutte le parti, e nondimeno il socio il quale abbia sofferto una perdita prodotta da un rischio inseparabile dalla sua amministrazione, ha dritto di essere fatto indenne dalla società: dunque il mandatario con mercede dev' esserlo pure. Poco monta che nel caso di società il socio che ha sofferto la perdita ne sopporta la sua porzione come gli altri, mentre che nel caso di mandato anche con mercede noi la poniamo per intero a carico del mandante: ciò dipende da che l'operazione di cui il mandatario aveva incarico era tutta nell'interesse del primo, benchè egli pagasse una mercede perchè fosse da altri fatta.

270. L'interesse delle anticipazioni fatte dal mandatario gli è dovuto dal mandante dal giorno in cui si verifica di essersi fatto il pagamento (art. 2001 c. c. = *1873 ll. cc.*): per conseguenza gl'interessi che ha pagati pel mandante essendo per lui un capitale sborsato, glie n'è dovuto l'interesse come della stessa somma principale. E per ottener l'interesse delle sue anticipazioni, non ha bisogno di giustificare che ha pur egli pagato interessi per procurarsi la somma da lui anticipata, o che avesse impiegata questa somma con interesse: il Codice glie lo accorda di pieno dritto in tutte le ipotesi dal giorno in cui si verifica di essersi fatte le anticipazioni; basta a tal uopo che giustifichi l'epoca in cui le fece; lochè praticherà, o per mezzo delle quietanze che si avrà procurato da' creditori del mandante, da lui soddisfatti con danaro proprio, o in qualunque altro modo.

271. Quando il mandatario è stato costituito da più persone per un affare comune, ciascuna di esse è tenuta solidalmente verso di lui per tutti gli effetti del mandato (art. 2002 c. c. = *1874 ll. cc.*); ed in conseguenza anche della mercede che si fosse promessa, giacchè la legge non distingue; benchè, a parer nostro, non vi fosse maggiormente ragione di stabilire la solidalità di dritto, anche per le somme sborsate, nel caso del mandato con mercede, che negli altri contratti a titolo oneroso, come la locazione o la vendita. Il mandatario è senza dubbio mandatario di ognuno de' mandanti, ed è questa la ragione che fece stabilire la solidalità a suo favore contra questi ultimi, ma in realtà ciascuno di costoro intese di affidargli l' incumbenza sol per la parte che vi aveva, e subitochè pagava una mercede, non vedesi perchè sia tenuto solidalmente della parte degli altri in questa mercede, ed anche delle loro porzioni nelle somme spese. Si comprende la cosa quando il mandato sia gratuito: allora la legge dovè trattar con favore il mandatario, e perciò dargli, a causa delle fatte spese, l' azione *in solidum* contra ciascuno de' mandanti, ma questo favore non ha più lo stesso motivo quando il mandatario si faccia pagare il prezzo del servizio che presta; *sed statuit lex.*

Per applicazione del nostro articolo 2002=*1874* si giudicò (1) che un notaio aveva azione solidale

---

(1) Arresto di cassazione del 27 gennaio 1812; *Sirey*, 1812, 1, 198.

contra i diversi eredi da cui era stato incaricato di fare la liquidazione di una eredità aperta a lor favore. L' azione solidale gli fu accordata non solo per le spese da lui fatte, ma anche pei suoi onorarî (1).

La ragione è la stessa nel caso in cui più persone diano incarico ad un patrocinatore di agir per esse in una causa che loro è comune (2); o nel caso in cui un tribunale nomini un liquidatore di una società commerciale (3), o quando due o più persone scelgano un arbitro (4), ed in fine nel caso in cui esse nominino od in cui il tribunale nomini periti (5).

Risulta dalla nostra regola, che se due persone diano incarico a taluno di comprar per esse una certa parte di mercanzie, o uno stabile, ed il mandatario abbia fatto spese per tale acquisto, egli ha l'azione solidale contra ciascuno de' mandanti, sebbene per dritto comune il venditore non abbia contro di essi se non un'azione divisa, ed in proporzione delle loro parti nell' acquisto.

Ma in tutti questi casi, quello fra i mandanti che abbia pagato oltre la parte sua, ha regresso contra gli altri, uniformemente a quanto fu spiegato allorchè trattammo delle obbligazioni solidali.

Vediamo ora come si estingua il mandato.

---

(1) *V.* tomo XI, n.° 202.

(2) *V.* *ibid.*, n.° 203, e la decisione che vi è citata.

(3) *V.* *ibid.*, e l' arresto menzionatovi.

(4) *V.* *ibid.*, e la decisione ivi citata.

(5) *V.* *ibid.*, ed anche l'arresto che vi è indicato.

CAPITOLO IV.

Delle diverse maniere con le quali si estingue il mandato.

SOMMARIO

272. *Il mandato si estingue per la rivocazione del mandante.*

273. *E può questi costringere il mandatario a restituirgli la scrittura contenente la procura.*

274. *Gli atti formati coi terzi i quali ignoravano la rivocazione del mandato hanno il loro effetto: disposizione dell' art. 2005 a tale riguardo.*

275. *Continuazione ed interpretazione di questo articolo.*

276. *La costituzione di un nuovo procuratore per lo stesso affare produce la rivocazione del primo dal giorno in cui si è a questo notificata.*

277. Quid *se la persona incaricata della nuova procura non l'accetti?*

278. *Del resto si può benissimo scegliere un secondo mandatario senza rivocazione del primo.*

279. *Applicazione a diversi casi della regola che la costituzione di un nuovo mandatario per lo stesso affare produce rivocazione del primo.*

280. *Il mandato finisce anche per la rinunzia del mandatario.*

281. *Ma senza pregiudizio de' danni ed interessi dovuti al mandante se la rinunzia siasi fatta senza motivo, e gli abbia arrecato danno.*

282. *Continuazione della proposizione.*

283. *Il mandato si estingue similmente per la morte del mandante.*

284. *Certi casi di eccezione.*

285. *Si estingue del pari per la sua interdizione.*

286. *Se mai si estingua per la semplice sottoposizione del mandante all'assistenza di un consulente giudiziario: distinzione da farsi.*

287. *Si estingue pel fallimento o per la decozione del mandante.*

288. *Da quando finisca il mandato conferito da una persona che sia scomparsa dal suo domicilio, e di cui non si hanno notizie.*

272. Il mandato si estingue per diverse cause, che man mano esamineremo.

Siccome vien dato nell' interesse del mandante, e siccome è un atto di fiducia da parte di costui verso il mandatario, è naturale che quando non vi sia più tale fiducia, o quando il mandatario creda che l' operazione gli fosse svantaggiosa, o anche semplicemente inutile, possa egli rivocare le facoltà che aveva a tale effetto conferite: quindi può rivocarle quando vuole; art. 2003 2004 = *1875 e 1876 ll. cc.*

Ed anche nel caso in cui abbia promesso una mercede al mandatario, non vi è alcun ostacolo che rivochi il mandato, senza dovere per ciò la mercede; giacchè l' aveva promessa come ricompensa d'un servizio, che può non più bramare per essergli divenuto inutile, o perchè il mandatario non gode più la sua fiducia. L'obbligo di pagare la mercede non è un obbligo principale e diretto, ma dipendente dall' esecuzione del mandato, ed il mandato nel suo fine è un contratto formato nel solo interesse del mandante, e perciò un contratto che questi può rivo-

care quando più gli piaccia, benchè sia fatto con promessa di mercede; a differenza della vendita o della locazione, che sono contratti formati nell'interesse diretto delle due parti, e che in conseguenza non possono essere rivocate o sciolte se non col loro mutuo consenso, salvo il caso in cui la legge abbia altrimenti disposto. Adunque il mandatario chiederebbe la promessa mercede per una causa non seguita da effetto, e quindi *sine causa.*

Tuttavolta se il mandatario avesse già eseguito in parte il mandato allorchè vien questo rivocato, gli sarebbe dovuta la mercede proporzionatamente, quando anche ciò che siasi fatto non fosse di utilità alcuna al mandante; e se avesse fatto delle spese, glie ne dovrebb' essere restituita la somma, secondo ciò che si è detto nel capitolo precedente.

273. Dal dritto che ha il mandante di rivocare il mandato risulta quello di poter costringere il mandatario, se ci sia luogo (1), a restituirgli la scrittura privata (o la lettera) in cui è contenuta la procura, o l' originale della procura, o in fine la copia, se n' è stata conservata la minuta (2) (art. 2004 cc. cc. = *1876 ll. cc.*); affinchè il manda-

---

(1) In fatti può dirsi che il mandato siasi conferito verbalmente, o che si contenga in una lettera della quale il mandatario avesse giusto motivo di non privarsi, perchè riguardasse cose importanti ed estranee al mandato, o la scrittura contenente la procura sia stata annessa alla minuta di un atto stipulato dal mandatario con un terzo in esecuzione del mandato, o consegnata al terzo come pruova della procura, o in fine siasi perduta o smarrita.

(2) Importa dunque che il notaio che rogò l'atto non ne rilasci una seconda copia al mandatario senza il consenso del mandante.

tario non possa più far uso di una procura rivocata, contrattando con terzi i quali ignorerebbero la rivocazione; imperocchè costoro, contrattando in tale ignoranza, avrebbero per obbligato il mandante come se non si fosse rivocato il mandato.

274. In effetti l' art. 2005 c. c. = *1877 ll. cc.* dice che la rivocazione della procura notificata soltanto al mandatario non può opporsi ai terzi i quali ignorando la rivocazione, abbiano trattato con lui; salvo al mandante il regresso contra il mandatario. Nelle mere regole gli atti dovrebbero essere senza effetto riguardo al mandante, poichè in realtà furono formati da un individuo che non aveva più mandato; ma valgono in virtù dell'equità, la quale non permetteva che i terzi coi quali il mandatario contrattò dopo la rivocazione del mandato, fossero vittime dell' ignoranza in cui erano circa a tale rivocazione.

Vie maggiormente avvien così dei pagamenti fatti al mandatario da' terzi debitori del mandante, ignorando la rivocazione del mandato.

275. Ma questo art. 2005, posto immediatamente dopo quello che autorizza il mandante a costringere il mandatario a restituirgli l' atto contenente la procura, fa nascere qualche dubbio sulla quistione se mai si applichi tanto al caso in cui il mandante, che rivocò il mandato, si aveva fatto restituire l' atto di procura al momento in cui il mandatario contrattò con terzi che ignoravano allora la rivocazione o ricevè pagamenti da essi, quanto

al caso nel quale non ancora se lo avea fatto restituire. Tale quistione deve risolversi secondo certe distinzioni, desunte dalla natura dell' operazione di cui il mandatario era incumbenzato, e dalle circostanze della causa.

Primieramente, se mai si trattasse di un'operazione la quale non si dovesse fare con la tale determinata persona, ma con una persona indistintamente, per esempio, di vendere la tale cosa al tale prezzo, a chi si presentasse, o di comprare talune mercanzie, è chiaro che il mandante il quale, rivocando la sua procura, curò la restituzione dell'atto in cui essa contenevasi, fece tutto ciò che poteva fare per annullare le facoltà che aveva date: egli non poteva far notificare tutti, ed i terzi che di poi contrattarono col mandatario, perchè avevano conosciuto il mandato e ne ignoravano la rivocazione, dovrebbero ascrivere a loro colpa di non aver chiesta nel contrattare la esibizione della procura: se l' avessero dimandata, l' impossibilità in cui si sarebbe trovato il mandatario di loro presentarla, avrebbe ad essi bastantemente dimostrato che questa medesima procura non più esisteva.

Che anzi convien dire lo stesso del caso in cui la procura dinotava la persona con la quale il mandatario doveva fare la vendita o la compra, o qualunque altro contratto in nome del mandante; giacchè questa persona dovè pure nel contrattare farsi esibire la procura.

Ma se il mandante, che rivocò il suo mandato, ab-

bia trascurato di farsi restituire la procura, ed in vista di essa abbiano i terzi contrattato col mandatario ignorando la rivocazione del mandato, si applica allora il nostro art. 2005 c. c. = *1877 ll. cc.*, ed il mandante è validamente obbligato in faccia ai terzi, salvo il suo regresso contra il mandatario.

Ciò pei contratti: supponendo però che il mandatario aveva una procura generale, o anche speciale, ma che gli dava qualità bastante per riscuotere da' debitori di rendite del mandante le annualità a misura delle scadenze, o dagl' inquilini e fittaiuoli le pigioni o estagli: siccome questi diversi debitori, che erano soliti di pagare al mandatario, non dovettero chiedere ad ogni pagamento l' esibizione della procura, crediamo che i pagamenti da essi fatti in buona fede, ignorando la rivocazione del mandato e la restituzione al mandante dell'atto di procura, sieno validi riguardo a quest' ultimo, salvo a lui il suo regresso contra il mandatario: in conseguenza il mandante per prevenire tali pagamenti, deve far conoscere a questi medesimi terzi la rivocazione del mandato.

Così pure, se io abbia scritto ad un mio debitore di pagare ad un tale, munito di mia procura, e rivocando di poi il mio mandato e facendomi anche restituir la scrittura in cui esso si contiene, trascuro d' informarne il terzo debitore, e costui paghi al mandatario rivocato, ignorando la rivocazione del mandato, è giusto che il pagamento sia valido a mio riguardo. Non debbo avere il dritto di dire

al terzo che egli non doveva pagare se non in vista dell' atto di procura; giacchè pagando dovè credere di esistere questa medesima procura, di cui gli avea dato avviso, e la cui rivocazione non gli ho fatto conoscere.

L' art. 2005 cc. = *1877 ll. cc.* dovrà dunque applicarsi con tali distinzioni e secondo le altre circostanze della causa.

Del resto nel caso in cui il mandante il quale avea rilasciato procura di far vendite o compre, o altri contratti, abbia rivocato il suo mandato senza farsi restituire la sua procura, ed in cui, come pocanzi abbiam detto, è obbligato verso i terzi che contrattarono col mandatario ignorando la rivocazione del mandato, non può egli stesso domandare l'esecuzione degli atti, poichè aveva rivocato la procura di farli: la legge li dichiara validi non già nel suo interesse, ma nell' interesse de' terzi, e stante la giusta ignoranza nella quale essi trovansi di essersi rivocato il mandato. Del resto si comprende che se i terzi dimandino l' esecuzione dei contratti, essi debbono da parte loro adempiere le obbligazioni che i medesimi loro impongono: a tal riguardo vi è reciprocanza.

E convien notare che i terzi i quali, al momento degli atti formati col mandatario rivocato, conoscessero in modo qualunque la rivocazione, non potrebbero invocare il beneficio del nostro art. 2005, benchè il mandante non avesse loro notificato in debita forma la rivocazione delle facoltà da lui date

al mandatario: il contesto di questo articolo non lascia alcun dubbio a tale riguardo. Ed in fatti esso non dice che senza una notificazione in debita forma non si reputerà di avere i terzi conosciuto la rivocazione del mandato; ma dice semplicemente che la rivocazione notificata soltanto al mandatario non può opporsi ai terzi i quali abbiano contrattato *ignorando tale rivocazione*: or ben può darsi che ne abbiano avuto conoscenza altrimenti che per via di notifica, lo che sarebbe un punto da giudicarsi in fatto secondo le circostanze della causa, e che, come semplice fatto, sarebbe capace di provarsi per mezzo di testimoni anche senza principio di pruova scritta. Ma siccome tale pruova nella maggior parte de' casi potrebbe mancare al mandante, la prudenza gl'impone di fare una notifica in debita forma a quelli coi quali aveva incumbenzato il mandatario di contrattare o di ricevere da essi pagamenti dinotandoli nel mandato; giacchè crediamo che in caso di controversia spetterebbe a lui il provare che i terzi contrattando non ignoravano la rivocazione del mandato. La mala fede non si presume (art. 1116 e 2268 c. c. = *1070 e 2174 ll. cc.*), ed evidentemente l' assertiva del mandante a tale riguardo sarebbe un' assertiva di mala fede nei terzi. In vano si opporrebbe che per regola gli atti non sono obbligatorî pel mandante, che se la legge dichara altrimenti, ciò è per un favore speciale, basato sulla buona fede de' terzi, e che quindi spetta a coloro i quali invocano questo benefi-

cio della legge, questo dritto di eccezione, il provare di ritrovarsi nel caso da essa preveduto, di aver adempito alle condizioni da essa richieste: noi risponderemmo che la presunzione legale dispensa da qualunque pruova colui a favor del quale essa esiste (art. 1352 c. c. = *1306 ll. cc.*): or la legge stessa presume sempre la buona fede: « *La buo-*
« *na fede è sempre presunta,* dice il succitato art.
« 2268 = *2174*, e chi allega la mala fede, dee
« somministrarne le pruove. »

276. La costituzione di un nuovo procuratore per lo stesso affare produce la rivocazione del primo, dal giorno in cui si è a questo notificata; art. 2006 c. c. = *1878 ll. cc.*

La notificazione può farsi tanto dal nuovo mandatario, che dal mandante stesso, ancorchè il nuovo mandato non facesse espressa menzione della facoltà di eseguirla. È questa una conseguenza di quella di disimpegnare la incumbenza affidata da principio al primo mandatario.

277. Quando anche la persona a cui si è data la nuova procura non l'accettasse, la prima procura sarebbe sempre rivocata, tranne dichiarazione in contrario da parte del mandante nel secondo mandato. In fatti la sua intenzione di rivocar la prima risulta dall'aver dato puramente e semplicemente ad un'altra persona la incumbenza di disimpegnar lo stesso affare, e manifestatasi tale intenzione, non è stata distrutta da un ulteriore avvenimento, cioè il rifiuto della persona scelta in

secondo luogo, di accettare il mandato; parimenti che un legato fatto da principio a taluno, e dipoi trasferito ad altri, non lascia di essere rivocato riguardo al primo legatario, benchè il secondo non voglia raccoglierlo, o sia anche incapace di ricevere dal testatore; art. 1037 c. c. = *992 ll. cc.*

Ma se il mandante, incaricando un' altra persona dello stesso affare, dichiari nella procura che non intende nulladimeno rivocare il suo primo mandatario se non quando quest'altra persona accettasse il mandato che le conferisce, allora in fatti tale condizione deve effettuarsi perchè sia rivocato il primo mandatario.

278. Può anche spesso accadere che dando mandato ad altra persona di attendere allo stesso affare, un mandante operi così per timore soltanto che il primo mandatario non sia da qualche circostanza, come una malattia o un'assenza, impedito di eseguire il mandato, e non già con la mira di rivocar la procura che gli avea dato. Ove il secondo mandato si esprima bastantemente a tal riguardo, l'uno e l'altro mandatario potrà eseguire l'incumbenza, ed avendo ciascun di essi un mandato particolare, ciascuno sarà risponsabile verso il mandante *in solidum*, e non *pro parte*, come nel caso preveduto nell'art. 1995 c. c. = *1867 ll. cc.*

279. Se il primo mandato sia un mandato speciale di vendere il tale immobile, o di fare una transazione o qualunque altro atto di proprietà, ed il secondo sia un mandato conceputo in termini ge-

nerali, esso non rivoca il primo, tranne contraria dichiarazione da parte del mandante; giacchè non è *per lo stesso affare*, mentre vigente il Codice il mandato conceputo in termini generali non comprende se non gli atti di amministrazione; e quando si tratti di alienare, d'ipotecare o di fare altri atti di dominio, il mandato debb'essere espresso; art. 1988 c. c. = *1860 ll. cc.*

Vice versa, se il primo mandato sia conceputo in termini generali, ed il secondo consista in vendere il tale immobile, il primo non è rivocato circa all'amministrazione di questo medesimo immobile sino alla vendita che ne sarà fatta: talmente che qualora trattisi di una casa, la quale si trovi locata, il primo mandatario non ha meno la facoltà di riscuotere le pigioni sino alla vendita, ed anche, dopo la vendita, il prezzo dovuto dall'acquirente, purchè il secondo mandato non conferisse specialmente a colui al quale fu dato, la facoltà ancora di esigere il prezzo di siffatta vendita. Ed in vero abbiam veduto più sopra che, secondo il comun parere degli autori, il mandatario investito d'un mandato conceputo in termini generali ha facoltà di ricevere quel ch'è dovuto al mandante, che ciò è un semplice atto di amministrazione, come la legge lo considera riguardo a' tutori, i quali hanno qualità per riscuotere da' debitori del minore ciò che essi debbono e rilasciar loro valida quietanza, senza che per questo siavi bisogno di autorizzazione del consiglio di famiglia.

Ma è chiaro che se il primo mandato sia di vendere certi beni, ed il secondo di vendere tutti i beni del mandante, o tutti i beni situati nel luogo, dove giacciono anche quelli menzionati nella prima procura, è chiaro, diciamo, che il secondo mandato produce rivocazione del primo, poichè è *per lo stesso affare*, essendo compresa la parte nel tutto. Nel caso inverso, il secondo mandato rivoca il primo circa alla facoltà di vendere i beni specificati in questo secondo mandato, ma non oltre: il tutto, come lo abbiamo già detto, salvo dichiarazione in contrario da parte del mandante espressa nella seconda procura.

280. La seconda maniera con cui si estingue il mandato, è la rinuncia del mandatario; art. 2003 c. c. = *1875 ll. cc.* Ed in effetti può quest'ultimo rinunciare al mandato, notificando al mandante la sua rinuncia; art. 2007 c. c. = *1879 ll. cc.*

281. Ciò non ostante se tale rinuncia pregiudica al mandante, dovrà esser fatto indenne dal mandatario; eccetto quando costui sia nella impossibilità di continuare nell' esercizio del mandato, senza soffrire egli stesso un considerevole pregiudizio; *ibid.*

In questo caso non sarebbe dovuta alcuna indennità al mandante dal mandatario, benchè, come si suppone, la rinuncia gli avesse arrecato qualche pregiudizio, atteso che non sarebbe giusto che il servizio prestato dal mandatario si rivolgesse a proprio danno: *officium suum nemini damnosum esse debet.* Tale sarebbe il caso in cui il mandatario, in-

cumbenzato di disimpegnare un certo affare immediatamente, o in breve tempo, fosse obbligato di partir subito alla volta di lontano paese per propri affari che richiedono la sua presenza, ed allorchè altronde la necessità di far questo viaggio non esisteva o non era nota al mandatario nell'accettar che fece il mandato, giacchè se l'avesse allora conosciuta, non dovrebbe servirgli come scusa per aver trascurato di adempiere un mandato di cui aveva liberamente assunto l'incarico malgrado questa circostanza.

282. Ammettevasi anticamente che il mandatario potesse rinunciare al mandato allorchè fossero sopraggiunte inimicizie gravi tra lui ed il mandante. Deve avvenir lo stesso oggidì (a); ed in fatti non è naturale che una persona la quale erasi incaricata di prestare un buon ufficio, per amicizia verso colui il quale ne lo avea pregato, sia in dovere di prestarlo quando più non sussiste la causa onde si

(a) Diverse cause autorizzavano di potersi rinunciare anche intempestivamente al mandato. Tali motivi desunti dalle leggi *22*, *23* e *24* ff. *mandati* erano *valetudinis adversæ*, *vel capitalium inimicitiarum*, *seu ob inanes rei actiones*, e generalmente altre giuste ragioni. Quindi la forza dei nemici, la lunga peregrinazione, ai termini della legge *23* ff. *de procurat.*, si ammetteva per giusta causa di rinuncia intempestiva al mandato, anzi questo potea pure riputarsi estinto quando, secondo il disposto della legge *27* ff. *Mandati*, erasi nella impossibilità di eseguire siffatta rinuncia. Lo stesso si ripete da Giustiniano nelle Istituzioni § 11, *de Mandato*. Si osservi ivi Vinnio, e nelle *Partizioni del dritto civile lib. 2, cap. 18 de Mandato*. Gerardo Noodt nel titolo *Mandati vel contra*, e Pothier nelle Pandette Giustinianee, sull'istesso titolo *Mandati vel contra n.° 80, nota 3*. Trad.

era indotta a prometterlo, anzi vi è subentrato un sentimento affatto contrario.

Ed in ogni caso, allorchè la rinuncia del mandatario non possa cagionare alcun pregiudizio al mandante, perchè il medesimo si trovi sul luogo dove si deve far l'operazione, nè tampoco competerebbe il pronunciar danni ed interessi contra il mandatario, dovendosene pronunciare sol quando siasi arrecato un pregiudizio, e qui il mandante non ne ha sofferto. Ma, siccome lo dice il nostro art. 2007 = *1879*, il mandatario dee notificare la sua rinuncia al mandante, se costui non accetti bonariamente.

Deve ugualmente notificargliela nel suddetto caso d'inimicizie gravi sopraggiunte fra loro.

283. Il mandato si estingue del pari per la morte naturale o civile del mandante, per la sua interdizione, pel suo fallimento o prossima decozione (art. 2003 c. c. = *1875 ll. cc.*), e nella maggior parte de' casi pel suo cangiamento di stato, secondo ora dimostreremo.

Siccome il mandato è un atto di fiducia da parte del mandante verso il mandatario, si reputò che questa medesima fiducia essendo estranea agli eredi del mandante, il mandato dovesse finire con la morte di quest'ultimo.

In conseguenza di tali regole, se io abbia imposto al mio debitore di pagare alla tale persona ciò che mi deve, non può egli pagar più valida-

mente dopo la morte mia (1), a meno che non lo facesse ignorando di essere io morto, nel qual caso il pagamento, benchè non più sussistesse il mandato, varrebbe *æquitatis causa*; art. 2008 c. c.= *1880 ll. cc.*

284. Ma quando la cosa doveva farsi dopo la morte del mandante, la morte di costui non estingue il mandato. In tal modo Caio nella legge 13, ff. *Mandati*, dice che se io vi abbia dato incarico di comprare un fondo pe' miei eredi, il mandato non è finito con la mia morte. *Idem est, si mandavi tibi ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum.*

---

(1) L. ultima, ff. *de Solut.*, il cui testo vero è che dice nella sua ultima parte: *Ei autem cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur, quia mandatum morte solvitur.* Ma Cuiacio, I. *Osser.* 38, rettificò questa lezione, guastata forse da qualche copista, e sostituì la seguente: *Ei autem cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non recte solvitur:* giacchè, egli dice, le regole del Dritto autorizzano al contrario l'esecuzione di un mandato conferito soltanto per eseguirsi dopo la morte del mandante. La l. 12, § *ult.*, e la l. 13, ff. *Mandati*, lo dichiarano formalmente.

Cuiacio nello stesso luogo corregge similmente la prima parte di questa legge ultima ff. *de Solutionibus*, così espressa: *Ei qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur: quia talis est lex obligationis. Ideoque etiam invito me recte ei solvitur;* e sostituisce questa versione, certamente più uniforme all'idea di Paolo, autore di tale testo: *Ei qui mandato meo stipulatus est, post mortem meam recte solvitur: quia talis est lex obligationis* (in fatti il mandatario dev'essere qui considerato meno come mandatario che come creditore, poichè egli fece tale stipulazione); *ideoque etiam invito me recte ei solvitur,* uniformemente alla legge 106 nel medesimo titolo *de Solutionibus.*

Ulpiano, nel § ultimo della legge 12 nel medesimo titolo, aveva detto che se io abbia incumbenzato qualcuno di ergere un monumento sulla mia tomba, questo mandato non si estingue con la mia morte.

I nostri esecutori testamentarî non altro sono che tanti mandatarî, e le loro funzioni, anzichè cessare con la morte di colui che ad essi diè la incumbenza, non possono anche cominciare che dopo la sua morte.

Di più, allorchè in un contratto siasi indicato un terzo per ricevere il pagamento dell' obbligazione, questo terzo, *adjectus solutionis gratia*, è in generale considerato come un mandatario per riguardo al creditore, poichè generalmente deve compensargli ciò che ha ricevuto dal debitore; e nulladimeno per dritto comune questo mandato non estinguesi con la morte del creditore, atteso che tale indicazione del terzo per ricevere il pagamento è una delle condizioni del contratto, *le obbligazioni;* sì vero che, gli si può fare il pagamento malgrado il creditore, a differenza del caso nel quale costui avesse di poi autorizzato semplicemente il debitore a pagare al terzo, o il terzo a ricevere dal debitore; l. 106, ff. *de Solut.*

Ma, fuori questi casi o altri analoghi, è vero il dire che il mandato si estingue con la morte del mandante; e siccome la morte civile del medesimo apre la sua successione al pari della sua morte naturale, il mandato finisce sì con l' una che con l' altra.

285. Si estingue pure, come lo abbiam detto, per l' interdizione del mandante, tanto se essa sia avvenuta per effetto di demenza o di furore, quanto se risulti dalla condanna alla pena de'lavori forzati a tempo, della detenzione o della reclusione; giacchè per tutta la durata della pena il condannato è in istato d' interdizione legale, e gli vien nominato un curatore per amministrare ed aver cura de' suoi beni, colle forme stabilite per la nomina de' curatori agl' interdetti; art. 29 c. pen. = *17 ll. pen.* (1).

E se il mandato siasi conferito da un individuo che sia stato di poi condannato in contumacia ad una pena afflittiva o infamante, è ugualmente annullato, poichè ai termini dell'art. 471 c. ist. cr. = *467 e 473 ll. pr. pen.*, i beni del condannato dal giorno in cui si è eseguita la decisione sono considerati e regolati come beni di assenti, e poichè vien mantenuto il sequestro apposto prima del giudizio, in virtù dell'art. 465 *ibid.* = 459 e 460 *ibid.*, per essere renduto conto a chi di dritto, dopo che la condanna sarà divenuta irrevocabile per essere trascorso il termine accordato a purgare

---

(1) Modificando, giusta la legge del 28 aprile 1832, lo stesso articolo, che era così conceputo: « Chiunque sarà stato condannato « alla pena de' lavori forzati a tempo o della reclusione, sarà inoltre per tutta la durata della pena in istato d' interdizione legale: « gli verrà nominato un *curatore* per amministratore ed aver cura « de' suoi beni, nelle forme prescritte per la nomina de' curatori « agl' interdetti. » Fu stabilita da questa legge la pena della *detenzione* come pena afflittiva ed infamante.

la contumacia; locchè è una vera interdizione, soprattutto qualora si confronti questa disposizione con quella del precitato art. 465.

286. Se il mandante, in vece di essere interdetto per causa di demenza, sia stato semplicemente sottoposto all' assistenza di un consulente giudiziario per debolezza di mente o per causa di prodigalità, il mandato da lui conferito è annullato di pieno dritto, se abbia per oggetto atti i quali, secondo gli art. 499 e 513 c. c. = *422 e 436 ll. cc.*, non possono farsi senza l' assistenza del consulente. Ma ove non avesse per oggetto se non uno di quegli atti di semplice amministrazione che il mandante potrebbe fare senza tale assistenza, non è rivocato. Il motivo di questa doppia risoluzione si è di reputarsi che il mandante faccia egli stesso ciò che fa il mandatario, ed in conseguenza quando non può far la cosa, non puossi più supporre alcun mandato da parte sua; ma quando può ancora farla, non vi è motivo di riguardare il mandato come estinto.

Uniformemente a tale distinzione devesi risolvere se il mandato conferito da una donna prima del suo matrimonio sia o pur no rivocato col fatto del matrimonio: se dunque la cosa che si trattasse di fare appartenga all'amministrazione che ha il marito dei beni di sua moglie, o anche se sia una cosa non ispettante a tale amministrazione, ma che la moglie non potrebbe fare senza essere autorizzata dal marito o dal magistrato in caso di costui rifiuto, il mandato è rivocato di pieno dritto dal matrimonio.

Ma se trattisi di una cosa che la moglie, stante la natura della regola maritale da essa scelta, ha dritto di fare ella medesima, e possa farla senza bisogno di autorizzazione perchè si trattasse di un semplice atto di amministrazione e la moglie fosse separata di beni, è fuor di dubbio che il mandato non è rivocato col solo fatto del matrimonio della mandatrice.

287. Lo stato di fallimento o di decozione (1) del mandante avendo per effetto di spogliarlo dell' amministrazione de' suoi beni e di trasferirla generalmente a' suoi creditori, il mandato che egli avea conferito per la gestione di questi medesimi beni, in tutto o in parte, deve per natural conseguenza cessare con tale amministrazione; e tanto in fatto dichiara il Codice; art. 2003 = *1875 ll. cc.*

288. Il mandato conferito da una persona dispersa dal suo domicilio e di cui non si hanno notizie, si estingue con l' immissione in possesso dei beni dell' assente; ma in questo caso l' immissione non si potè ottenere che a capo di undici anni dal giorno della scomparsa o delle ultime notizie, in conformità degli art. 119, 120 e 121 c. c. = *125, 126 e 127 ll. cc.* esaminati ed insiem combinati.

289. Il mandato che un tutore avea conferito in tale qualità cessa di pieno dritto col cessar le fun-

---

(1) Lo stato di fallimento è lo stato di un commerciante che ha cessato da' suoi pagamenti, qualunque siano altronde le sue sostanze: lo stato di decozione è quello di un individuo non negoziante il quale abbia realmente più debiti che beni.

zioni del tutore; e bisogna dire altrettanto del mandato conferito da ogni altro amministratore della cosa altrui, per esempio di quello che erasi dato da un mandatario medesimo, e le cui facoltà siano state rivocate. Lo stesso debbe dirsi circa al mandato conferito dal marito per l'amministrazione dei beni di sua moglie: esso si estingue subitochè il marito cessa di avere tale amministrazione.

290. Convien fare due importanti osservazioni sui casi precedenti.

La prima è che sebbene il mandato sia estinto di pieno dritto per la morte del mandante, nulladimeno il mandatario è tenuto a terminar l' affare che trovavasi già incominciato allorchè morì il mandante, se dal ritardo possa derivarne pericolo (art. 1991 c. c. = *1863 ll. cc.*); locchè si applica per lo stesso motivo ai casi in cui il mandato si estingua per altre cagioni che si riferiscono al mandante.

La seconda osservazione è che se il mandatario abbia ignorato la morte del mandante, o una delle altre cagioni che hanno fatto cessare il mandato, ciò che egli abbia fatto in tale ignoranza è valido; art. 2008 c. c. = *1880 ll. cc.*

Ed in questi casi le obbligazioni del mandatario sono eseguite riguardo a' terzi di buona fede; art. 2009 c. c. = *1881 ll. cc.*

291. Il mandato finisce similmente per la morte naturale o civile del mandatario, per la sua interdizione, il suo fallimento o per la sua deco-

*

zione (2003 c. c. = *1875 ll. cc.*) e pel suo cangiamento di stato : per esempio ; se trattisi di una nubile o di una vedova, ed ella si mariti, il mandato si estingue col suo matrimonio. Avvien lo stesso qualora si tratti di un individuo che sia di poi sottoposto all' assistenza di un consulente giudiziario per debolezza di mente o per prodigalità ; giacchè questa donna o questo individuo non hanno più per sè stessi la capacità di obbligarsi verso il mandante.

292. Ma , come nel caso in cui il mandato siasi estinto per una causa derivante dalla persona del mandante , le obbligazioni del mandatario il cui mandato sia cessato per una causa proveniente dalla sua persona , debbono nei suddetti casi essere eseguite riguardo a' terzi in buona fede, cioè riguardo a coloro che contrattarono con lui ignorando di esser cessate le sue facoltà ; art. 2009 c. c. = *1881 ll. cc.*

293. In caso di morte del mandatario , i suoi eredi debbono darne l' avviso al mandante, e provvedere frattanto a ciò che le circostanze richieggono per l' interesse di costui ; art. 2010 c. c. = *1882 ll. cc.*

Questa obbligazione , basata sull' equità , e non derivante propriamente parlando dal mandato, poichè esso si è estinto e non erasi altronde dato a loro; questa obbligazione, diciamo , non è imposta se non agli eredi maggiori di età. I minori non possono esser tenuti a fare ciò che le circostanze richiedes-

sero nell' interesse del mandante, giacchè in generale sono incapaci di contrattare e di obbligarsi, altrimenti che pei loro delitti o quasi delitti. Ciò altronde lo stesso Codice dichiara in materia di tutela: l' art. 419 c. c. = *341 ll. cc.* dice che la tutela è un peso personale che non passa agli eredi del tutore, che questi sono tenuti soltanto per l'amministrazione del loro tutore, e *quando sieno in età maggiore*, sono tenuti a continuarla finchè si nomini un nuovo tutore. Or la ragione è la stessa in materia di mandato.

TITOLO XIV.

Della fideiussione.

CAPITOLO PRIMO

Della natura e della estensione della fideiussione.

SOMMARIO

309. *Circa alla capacità del fideiussore medesimo, si seguono le regole generali sulla capacità delle persone ad effetto di obbligarsi.*

310. *Avvertenza sulla fideiussione data da una moglie autorizzata da suo marito, e maritata prima del Codice, in un paese dove era in vigore il senato-consulto Velleiano.*

311. *La fideiussione non può sorpassare l' obbligazione principale : sviluppamenti.*

312. *La fideiussione che sorpassasse il debito non è invalida per ciò, ma è soltanto riducibile alla misura dell' obbligazione principale.*

313. *Caso in cui il fideiussore si fosse obbligato sotto due condizioni alternative, mentre che il debitore lo fosse soltanto sotto una di esse.*

314. Quid *allorchè il debitore siasi obbligato a consegnare una delle due cose a sua scelta, ed il fideiussore siasi obbligato circa ad una di queste cose nominatamente.*

315. *Non avvi fideiussione, ma novazione condizionale allorchè essendo dovuta la tale cosa da una persona, un' altra persona ne prometta una diversa nel caso in cui la prima obbligazione non fosse eseguita.*

316. *Può ciascuno rendersi fideiussore anche all'insaputa del debitore : azione di regresso del fideiussore a seconda che abbia data fideiussione per ordine o senza saputa del debitore.*

317. Quid *qualora siasi costituito fideiussore suo malgrado.*

318. *La fideiussione non si presume; debb' essere espressa, conseguenza.*

319. *Altra conseguenza.*

320. *Altra conseguenza.*

321. *A che si applichi la fideiussione indefinita di una obbligazione.*

322. *Le obbligazioni dei fideiussori passano a' loro eredi, ad eccezione di quella relativa all' arresto personale, se mai il fideiussore vi si fosse sottoposto.*

323. *Qualità che deve riunire la persona presentata da un debitore come fideiussore, in esecuzione della sua promessa o di una sentenza che ve l' obbliga.*

324. *Continuazione.*

325. *Continuazione.*

326. *Come si misuri la solvibilità di un fideiussore.*

327. *Che intendasi per* distanza *dalla situazione degl' immobili del fideiussore.*

328. *Il debitore obbligato a dare un fideiussore non è tenuto per massima a presentarne uno che aderisca a soggettare i suoi beni all' ipoteca del creditore.*

329. Quid *allora se il fideiussore copra d' ipoteche i suoi beni?*

330. *Se il debitore manchi di presentare un fideiussore quando lo doveva, o di presentarlo tale che abbia le qualità richieste, si dà luogo allo scioglimento del contratto nell' interesse del creditore.*

294. Il legame che vi è tra la fideiussione ed il mandato impegnò naturalmente i compilatori del Codice a collocare la prima di queste materie immeditamente dopo della seconda. Ed in fatti la fideiussione ordinariamente ha luogo in esecuzione di un mandato; in generale a preghiera del debitore un terzo condiscende ad essere responsabile per lui come fideiussore.

295. Secondo l' art. 2011 c. c. = *1883 ll. cc.*, « colui che si costituisce fideiussore per una obbli-« gazione, si sottopone verso il creditore a soddis-« fare la stessa obbligazione, qualora il debitore « non l' adempia egli medesimo. »

Adunque la fideiussione è la promessa di adempiere l' obbligazione di un' altra persona, qualora la medesima non adempisse; è in conseguenza una accessione all' obbligazione di un' altra, locchè esclude ogni idea di novazione di questa stessa obbligazione: imperocchè se per effetto dell' intervento di un terzo, il quale ne assumesse l' incarico, questa obbligazione non dovesse più sussistere, perchè il creditore avesse dichiarato di liberare il suo debitore, è chiaro che non vi sarebbe fideiussione, ma bensì una novazione; il secondo obbligato lo

sarebbe sì principalmente come lo era il primo; art. 1271, n.° 2 c. c. = *1225 n.° 2 ll. cc.* Questo caso non può presentar dubbio.

Dev' essere lo stesso di quello in cui un debitore deleghi il proprio debitore al suo creditore, verso il quale il delegato si obbliga, quantunque il creditore non abbia dichiarato di liberare il suo debitore primitivo. Sebbene in tal caso questo creditore conservi la sua azione contra il suo debitore (art. 1275 c. c. = *1229 ll. cc.*), nondimeno il nuovo debitore è piuttosto obbligato come debitore principale che come fideiussore: donde conchiudiamo che non avrebbe il beneficio di escussione, quando anche non vi avesse rinunciato. Essendo debitore, come lo supponiamo, verso il delegante, pagando il debito si libererebbe egli stesso; talmentechè non avvi alcun motivo di accordargli il beneficio di escussione, poichè il delegante potrebbe convenirlo in giudizio, in mancanza del creditore.

Ma se io, senza dover nulla a Paolo, debitore verso Giovanni, aderisco per compiacenza a farmi delegare il suo creditore, verso il quale mi obbligo, e senza che quest' ultimo liberi Paolo; siccome, dopo di aver pagato il debito, avrei un regresso contro di Paolo, devesi riguardare la mia obbligazione qual garantia, qual fideiussione, anzichè quale obbligazione principale; ed in conseguenza dovrei aver dritto d'invocare il beneficio di escussione, se non vi avessi rinunciato. Non conviene attenersi alle parole di cui si fece uso in un atto, ma al merito

delle cose: or, poichè nella specie non vi è novazione, ed inoltre nulla dovendo il delegato al delegante, avrebbe egli il suo regresso contro di lui dopo di aver pagato il mio debito, non avvi ragione per non iscorgere in lui un fideiussore, un garante.

296. Siccome la fideiussione è la promessa di soddisfare l' obbligazione di un altro, nel caso in cui questi non vi adempisse, è chiaro che se un terzo si limiti a dare un pegno o una ipoteca sopra i suoi beni per sicurezza della mia obbligazione, non è per questo mio fideiussore: egli non trovasi personalmente obbligato; la cosa soltanto da lui sottoposta al pagamento del mio debito trovasi affetta dall' obbligazione da lui assunta, ma non già la sua persona: in conseguenza non può dirigersi alcuna azione personale contro di lui a tale riguardo, quantunque io non adempissi alla mia obbligazione.

Il terzo da parte sua non potrebbe invocare l'eccezione di escussione, per opporsi alla vendita dell' immobile da lui ipotecato al debito, non solamente perchè egli non è fideiussore, ma anche perchè il beneficio di escussione non può essere opposto al creditore che abbia un privilegio o una ipoteca speciale sull' immobile di cui dimanda la vendita; art. 2171 c. c. = *2065 ll. cc.*

297. Non solamente la fideiussione può seguire o accompagnare l' obbligazione principale, ma può anche darsi, prima di tale obbligazione, nel senso

nondimeno che è condizionale, che esisterà se l'obbligazione stessa venga ad esistere. *Fideiussor et præcedere obligationem et segui* (1) *potest*, dice il § 3, Instit. *de Fideiussoribus.*

Etiam futuræ obligationis fideiussor accipi potest, dice la legge 6, § *ult.*, ff. *de Fideiuss. et Mandat.* : *ita tamen*, *et præcedens fideiussoris obligatio tum demum vires capiat*, *cum et principalis obligatio*, *cujus accessio est*, *constituta est.*

Interim vero in pendenti esse obligationem fideiussoris ; l. 35, ff. *de Judiciis. Neque fideiussorem ante conveniri posse quam reus debeat* ; l. 57, ff. *de Fideiuss.*

Per esempio, se io vi scriva che nel caso in cui mutuerete la tale somma al mio parente, io ne sono risponsabile, la mia fideiussione esiste subitochè voi avete mutuata la somma, e non vi è bisogno di rinnovarla : essa è sì valida come se io l'avessi data in tempo del mutuo, o dopo.

Ma in realtà in questo ed altri simili casi la fideiussione, benchè data prima di essersi contratta l'obbligazione principale, non precede ne' suoi effetti questa obbligazione, ma soltanto l'accompagna; giacchè non altro essendo che un accessorio,

---

(1) Al contrario il *mandator pecuniæ credendæ* non può *seguire* l'obbligazione principale, ma soltanto precederla, poichè il mandato non può essere di una cosa già fatta, ma soltanto di una cosa da farsi : donde segue che se io vi scriva che avendo Paolo bisogno di mille scudi, vi prego di prestarglieli, e che al momento in cui ricevete la mia lettera avete già prestata questa somma a Paolo, io non sono garante del prestito che gli avete fatto: il mandato è nullo.

non può sussistere senza un' obbligazione principale, e tanto nondimeno avverrebbe se avesse effetti anteriori all' esistenza della stessa obbligazione, in somma se la tacita condizione sotto la quale è contratta avesse un effetto retroattivo al giorno in cui fu data: or ciò ripugnerebbe alle regole del Dritto. Donde noi conchiudiamo che se il fideiussore in questi casi avesse data una ipoteca sopra i suoi beni per sicurezza della sua obbligazione, la quale ipoteca il creditore avesse subito curato di far inscrivere, si reputerebbe che non dal giorno dell' iscrizione, ma soltanto dal giorno in cui si fosse effettuata l' obbligazione principale, il creditore avesse avuto ipoteca: altrimenti l'ipoteca, la quale non è essa medesima che un accessorio, sarebbe contra tutte le regole anteriore all'obbligazione la cui esecuzione avea per oggetto di garantire, considerando anche quella del fideiussore, poichè quest' ultima non sussisteva realmente prima dell' obbligazion principale, essendo condizionale per natura sua, e nelle obbligazioni condizionali, *non est debitum pendente conditione, sed tantum spes debitum iri;* § 4, Instit. *de Verb. oblig.* Poco importa che il Codice dica che la condizione verificata ha un effetto retroattivo al giorno del contratto (art. 1179 c. c. = *1132 ll. cc.*), poichè ciò non può esser vero se non quando vi sia già obbligazione: or non eravi in realtà alcuna fideiussione prima dell' esistenza dell' obbligazione principale; adunque l'ipoteca sarebbe *præpostera* se principiasse

dal giorno in cui il fideiussore promise la sua fideiussione, quando la stessa obbligazion principale siasi contratta posteriormente; e ciò appunto, ripetiamolo, le regole non ammettono. Per questo motivo Caio, nella legge 11, ff. *qui potiores*, ec., dichiara che quando io vi abbia promesso di mutuarvi ad una certa epoca la tale somma, per la quale mi date fin da ora una ipoteca, e dipoi prendiate a mutuo da un'altra persona con ipoteca sullo stesso fondo, questa persona è quella la quale ha la priorità dell' ipoteca, atteso che essa è divenuta creditrice prima di me, essendo stata la prima a mutuare, e non essendo la promessa di mutuare da me fatta prima nè un mutuo, nè un contratto qualunque; a differenza del caso in cui sia data una ipoteca per sicurezza di una obbligazione condizionale, e la condizione di poi si verifichi: in questo caso l' ipoteca prende il suo grado dal giorno del contratto, e non soltanto dal giorno in cui si verifica la condizione. Medesima legge.

298. La fideiussione può darsi per atto autentico o in iscrittura privata, per via di lettera, ed anche verbalmente, qualunque sia la specie di obbligazione a cui sia tenuto il debitor principale; ma qualora sia data verbalmente, non ne è ammessa la pruova testimoniale che uniformemente alle regole su questa pruova.

Ove diasi in iscrittura privata, non è necessario che questa sia fatta in doppio originale, ancorchè accedesse ad un contratto producente obbligazioni

sinallagmatiche, per esempio a ciò che un venditore o un compratore si è sottoposto; giacchè l'obbligazione del fideiussore verso colui al quale vien data la fideiussione, è evidentemente un' obbligazione unilaterale, lochè rende inapplicabile a questa specie di scrittura la disposizione dell'art. 1325 c. c. = *1279 ll. cc.* Ma è sottoposta a quella dell' art. 1326 c. c. = *1280 ll. cc.*, salvo i casi di eccezioni espresse in questo medesimo articolo.

Sopra gli effetti di commercio la fideiussione si esprime ordinariamente con queste semplici parole: *da valere*, d' onde provenne per abbreviazione la voce *avallo*.

299. Per riguardo al creditore a titolo oneroso, la fideiussione è anche un atto a titolo oneroso; ma generalmente è a titolo gratuito per riguardo al debitore: in faccia sua è un buon ufizio che gli presta il fideiussore, e senza il quale forse egli non avrebbe trovato a prendere in prestito, o a fare ogni altro contratto.

300. Del resto non vi è alcun ostacolo che il fideiussore stipuli un prezzo col debitore per la sua obbligazione, e ciò anche spesso accade nelle fideiussioni date da coloro che si obbligano verso il governo, per certe imprese, come a dire somministrazioni o lavori da farsi: la fideiussione in simil caso si presta generalmente in immobili, sui quali il terzo proprietario, che si obbliga altronde come garante, concede una ipoteca a favore dello Stato, sino alla concorrente somma determinata

dall' amministrazione; ed il terzo, per prezzo di questo peso, stipula col debitore un certo prezzo, o una porzione degli utili da farsi sull' impresa.

301. La fideiussione può aver luogo in ogni specie di contratto, sia vendita, sia permuta, locazione, società, deposito, mutuo, ec., ec.: può anche aver luogo per garantire l' esecuzione dell' obbligazione di un fideiussore (art. 2014 c. c. = *1886 ll. cc.*), ed in questo caso il fideiussore in second'ordine chiamasi *certificatore di garantia*. Questa subordinata cauzione è spesso richiesta nelle aggiudicazioni fatte dall'amministrazione, ma è rara nei contratti fra particolari, giacchè è più semplice il domandare due fideiussori e richiedere che si obblighino solidalmente.

302. Ma poichè la fideiussione è la garantia dell' esecuzione di un' obbligazione, un accessorio in conseguenza, segue da ciò che non può sussistere se non sopra una valida obbligazione; art. 2012 c. c. = *1884 ll. cc.*

Se dunque l' obbligazione sia senza causa, o per una causa falsa, o per una causa illecita, ovvero senza oggetto, o per un oggetto fuori commercio, o di una causa impossibile, o contraria alle leggi o al buon costume, la fideiussione che interviene in simile obbligazione è nulla e di niun effetto come l'obbligazione stessa; e per applicazione di questa regola, la fideiussione data per una scommessa o per un debito di giuoco della specie di quelli pe' quali la legge non accorda azione, è similmente senza effetto.

303. E se l' obbligazione principale, senza esser nulla di dritto, sia nulladimeno capace di essere annullata per vizio di violenza, di errore o di dolo, la fideiussione in vero non è assolutamente nulla, ma il fideiussore può addurre l' eccezione di violenza, di errore o di dolo che il debitor medesimo può opporre al creditore (1), (art. 2036 c. c. = *1908 ll. cc.*), come lo spiegheremo più lungi con maggiore estensione.

304. Benchè la fideiussione non possa sussistere se non è valida l'obbligazione, ciò non ostante può benissimo prestarsi la fideiussione per una obbligazione la quale possa essere annullata in forza di una eccezione meramente personale al principale obbligato, siccome è il caso della minore età; art. 2012 c. c. = *1884 ll. cc.*

305. Ciò in conseguenza si applica alla fideiussione dell' obbligazione di una donna maritata non debitamente autorizzata; imperocchè nel Dritto attuale, e secondo gli art. 225 e 1125 c. c. = *214 e 1079 ll. cc.*, l'eccezione di nullità risultante dalla mancanza di autorizzazione maritale non può invocarsi che dalla moglie, dal marito e loro eredi, e non da coloro che contrattarono con la moglie, o che si obbligarono per lei. È questa una eccezione personale nel senso dell' art. 2012 c. c. = *1884 ll. cc.*, il quale assegna a solo modo di esempio il caso di minore età.

---

(1) L. 7, § 1, ff. *de Except. præscript. et præjud.*

306. Convien anche dire altrettanto della fideiussione dell' obbligazione di un interdetto, malgrado la disposizione dell'art. 502 c. c. = *425 ll. cc.*, il quale dichiara che tutti gli atti fatti dall' interdetto, posteriormente alla sentenza d' interdizione, sono nulli di dritto, combinata con quella del nostro art. 2012, il quale dice che la fideiussione non può sussistere se non è valida l'obbligazione. In fatti l' obbligazione di un interdetto è nulla di dritto soltanto nel senso che per farne pronunciare l' annullamento, l' interdetto non di altro ha bisogno se non di giustificare che questa obbligazione fu contratta dopo l' interdizione, e di agire a questo effetto fra il termine legale, senza essere obbligato per ciò a provare alcuna lesione. Ma è si poco nulla di dritto in senso assoluto, che il solo interdetto e suoi eredi possono dimandarne la nullità, e non già quelli coi quali egli contrattò (art. 1125 c. c. = *1079 ll. cc.*); ed a tal uopo deve agire entro il termine prefisso dall'art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.* Or se l'obbligazione fosse nulla per dritto in senso assoluto, come un'obbligazione senza causa o per una causa illecita, non sarebbe necessario di agire fra dieci anni per farne pronunciare l' annullamento, mentre ciò addiverrebbe superfluo; e non soltanto da una delle parti potrebbe invocarsi la nullità, ma entrambe lo potrebbero ugualmente. Adunque l'obbligazione dell' interdetto non essendo capace di essere annullata se non sul fondamento di una eccezione meramen-

te personale, risultante dalla mancanza di capacità di contrattare (art. 1124 c. c. = *1078 ll. cc.*), come nel caso di obbligazione di una donna maritata non autorizzata, ne segue che la fideiussione di tale obbligazione è valida, uniformemente alla seconda disposizione del nostro art. 2012 c. c. = *1884 ll. cc.* Era pur tale il parere di Domat, il quale inoltre assegnava questa ragione, di doversi credere che colui il quale contrattò con un interdetto non lo fece che in considerazione della fideiussione del terzo, e la buona fede non permette che costui possa ridersi della sua obbligazione, la quale puossi in qualche modo considerare come principale nella specie.

Nulladimeno se colui il quale garantì l'interdetto ignorava la interdizione, ed il creditore la conoscesse e non glie lo avesse avvertito, il fideiussore potrebbe desumere da questa circostanza una eccezione di mala fede, per eliminar l'azione contro di lui diretta.

307. Nei suddetti casi, e salvo la modificazione di cui abbiamo parlato, l'obbligazione del fideiussore è dunque obbligatoria, ed egli dopo di aver pagato non ha regresso contra il minore, la donna maritata o l'interdetto, se non fino alla concorrente quantità di cui i medesimi profittarono nell'obbligazione principale, e con l'obbligo per lui di farne la pruova, per argomento dell'art. 1312 c. c. = *1266 ll. cc.*

308. Quando diciamo di esser valida la fideius-

sione dell'obbligazione di un minore, ciò è vero senza distinguersi tra il caso in cui il minore era sottoposto a tutela ed il caso nel quale era emancipato in tempo dell'obbligazione, e senza nè anche distinguere a seconda della specie di convenzione avvenuta, o si trattasse, per esempio, di una vendita d'immobili fatta dal minore, o di una transazione; ma per un altro riguardo, è d'uopo distinguere.

In effetti se colui che contrattò col minore lo abbia circonvenuto ed ingannato, siccome l'obbligazione in tal caso non è soltanto annullabile sul fondamento di una eccezione meramente personale al principale obbligato, ma lo è pure sul fondamento del dolo del creditore, il fideiussore, tranne se abbia data la sua fideiussione con perfetta cognizione di causa, può invocare l'eccezione di dolo, quantunque il minore credesse di doversi limitare a quella di minore età, per essere di più facile riuscita; imperocchè la eccezione di dolo è reale, e le eccezioni di questa natura possono invocarsi dal fideiussore non meno che dal debitore stesso, secondo il già citato art 2036 c. c. = *1908 ll. cc.* Tanto espressamente dispongono parecchie leggi romane, le quali distinguono accuratamente tra il caso in cui il minore si faccia restituire in intero dalla sua obbligazione *tanquam læsus*, ed il caso nel quale facciasi restituire *tanquam circumventus deceptusque*. *V.* a tal riguardo la li 7, §

1, ff. *de Except. et præscrip.*, e la l. 2, Cod. *de fideiuss. et mandatoribus.*

Secondo tale distinzione, basata sulle vere regole, se un minore emancipato, la cui obbligazione sia stata garantita, abbia ottenuto una riduzione della sua obbligazione, in virtù dell' art. 484 c. c. = *407 ll. cc.* importa il vedere per quali motivi l'abbia ottenuta. Se in considerazione delle sue sostanze o della inutilità delle spese, il fideiussore non può profittarne; ma se in ragione della cattiva fede della persona che contrattò seco, e la sentenza menzioni positivamente questa circostanza, il fideiussore può invocar l'eccezione, o, in altri termini, tale riduzione. Il motivo di questa differenza si è che nel primo caso la eccezione ha per fondamento cause del tutto personali al minore, principale obbligato; in vece che nel secondo ha per base qualche cosa la quale dipende dall' obbligazione medesima: è questa una eccezione *in rem*, che in conseguenza può invocarsi eziandio dal fideiussore.

309. Circa alla capacità del fideiussore medesimo, seguonsi a tale riguardo le regole generali sulla capacità di obbligarsi; e le donne possono oggidì prestar validamente fideiussione, purchè, qualora sieno maritate, abbiano la debita autorizzazione del loro marito. In vece che nel dritto romano le donne, nubili, vedove o maritate, non potevano obbligarsi per altrui: il senatoconsulto Velleiano loro lo proibiva, *ne sexus muliebris fragilitas in per-*

niciem substantiæ earum convertatur. Esse non potrebbero dar fideiussione pel loro marito vie maggiormente che per un terzo, ed avveniva così in talune nostre provincie, dove osservavasi questo senatoconsulto, specialmente in Normandia.

310. Ma quantunque una donna maritata prima del Codice lo sia stato sotto l'impero di una consuetudine in cui vigeva il senato consulto Velleiano, la fideiussione da lei data dopo che il medesimo cessò di aver forza di legge, e con l'autorizzazione del marito, è valida, qualora non sia nulla per altra causa. Così giudicò parecchie volte la Corte di cassazione, in riguardo alla fideiussione di una donna normanna maritata prima del Codice civile, e la cui obbligazione era posteriore alla pubblicazione del Codice (1); atteso che non altro è questa se non una quistione di capacità ad obbligarsi, e la nuova legge può attribuire tale capacità a coloro che non l'avevano, come può toglierla a quelli i quali l'avevano, senza che vada per ciò soggetta a taccia di retroattività, essendo proprio delle leggi che regolano la capacità delle persone d'investire gl' individui, e per l'avvenire, della capacità da esse determinata.

311. Poichè la fideiussione è una obbligazione accessoria, ragion vuole che non possa eccedere ciò ch' è dovuto dal debitore, nè essere contratta sotto condizioni più gravi; in vece che può benissimo

(1) *V.* tomo I.°, n.° 54, dove citiamo gli arresti della Corte di cassazione del 7 agosto 1810 e 12 giugno 1815.

prestarsi per una parte soltanto del debito ed a condizioni meno onerose; art. 2013 c. c. = *1885 ll. cc.*

Quindi il fideiussore non può validamente promettere di pagare una somma maggior di quella dovuta dal debitore;

Non può obbligarsi a pagare in un tempo più prossimo di quello accordato a quest' ultimo;

Nè a pagare derrate in un luogo dove valessero più di quel che valgono nel luogo in cui il debitore dovrebbe pagarle;

Nè obbligarsi a pagare interessi quando il debitore non ne dovesse, o a pagare interessi maggiori di quelli dal debitore dovuti;

Nè sottoporsi ad una clausola penale a cui il debitore non fosse soggetto;

Nè obbligarsi puramente e semplicemente quando il debitore fosse obbligato soltanto sotto condizione.

In tutti questi casi, il fedeiussore sarebbe obbligato a qualche cosa di più del debitor principale, e ciò risulterebbe contrario alla natura della fideiussione, poichè l' accessorio non può eccedere la cosa principale.

Ma non vi è alcun ostacolo che il fideiussore sia vincolato più strettamente del debitore; per esempio, può essere sottoposto all' arresto personale, quantunque il debitore non vi fosse soggetto; e così accade giornalmente ne' casi di fideiussione data in esecuzione di una sentenza. Il creditore può richie-

dere che il fideiussore si sottoponga all'arresto personale (art. 2040 c. c. = *1912*), mentre che il debitor principale, per esempio una moglie o una donzella, non vi sarebbe soggetto (1).

Il fideiussore può anche dare un pegno o una ipoteca, mentre che il debitore non ne darebbe. Ciò in effetti non accresce l' obbligazione, la quale in sostanza rimane sempre proporzionata a quella del debitore. Non sono queste *condizioni più onerose* nel senso del nostro art. 2013 c. c. = *1885 ll. cc.*, ma semplicemente altrettante cautele.

312. Del resto la fideiussione che sorpassi il debito, o che si contragga sotto condizioni più gravi, non è invalida, ma soltanto riducibile alla misura della obbligazione principale ; *ibid.*

313. Se il fideiussore si fosse obbligato sotto due condizioni alternative, quando il debitore lo fosse sotto una soltanto di esse, è chiaro che la fideiussione sarebbe più onerosa dell' obbligazione principale, ed in conseguenza che sarebbe riducibile alla misura di tale obbligazione. Per esempio, se il fideiussore si fosse obbligato nel caso in cui un tale venisse nominato prefetto o ambasciatore, mentre che il debitore siasi obbligato soltanto nel caso che lo stesso individuo ottenesse la nomina di amba-

---

(1) Treilhard, presentando al Corpo legislativo il progetto di legge sulla fideiussione, diceva nondimeno : « Come mai il fideiussore « sarebbe soggetto all' arresto personale quando lo stesso debitor « principale non si trovasse sottoposto a questa rigorosa esecuzione? » Ma noi non vi scorgiamo alcun ostacolo, purchè la legge autorizzasse il fideiussore a sottoporsi all' arresto personale.

sciadore, il fideiussore sarebbe obbligato sol quante volte costui fosse nominato ambasciadore, e non già nel caso che fosse nominato prefetto. In vece che se il debitore si fosse obbligato sotto questa doppia condizione alternativa, ed il fideiussore sotto una di esse soltanto, l'avveramento di una delle medesime effettuirebbe l'obbligazion principale, ma perchè si effettuasse anche quella del fideiussore, sarebbe d'uopo che si verificasse del pari l'avvenimento preveduto per la fideiussione.

Se il debito sia contratto con condizione complessa, *puta*, *se giunga nel porto di Marsiglia la tal nave col tale carico*, e la fideiussione sia sotto la seguente semplice condizione: *se questa nave giunga nel porto di Marsiglia*, non vi sarà fideiussione se non quando la nave giungerà nel porto col suo carico, giacchè senza di ciò non vi sarebbe debito. Ed ove si rivolga la proposizione, l'arrivo della nave nel porto indicato effettuirebbe sì l'obbligazion principale, ma perchè vi fosse fideiussione, bisognerebbe che la nave giugnesse nel porto col suo carico.

Così pure, se il debitore siasi obbligato quante volte la tale nave ritornasse entro l'anno nel porto di Marsiglia, ed il fideiussore nel caso in cui venisse egli nominato al tale impiego, perchè sia tenuto è d'uopo non solo che si avveri la condizione apposta all'obbligazione principale, ma ancora che si adempia quella apposta alla sua fideiussione; talmente che qualora si verificasse quest'ultima sol-

tanto, non vi sarebbe nè obbligazion principale, nè fideiussione per lo stesso motivo; e se mai si effettui la prima soltanto, non vi sarebbe se non l'obbligazione principale. Donde è chiaro che ogni fideiussione di una obbligazione condizionale è virtualmente condizionale anch' essa, e sotto la stessa condizione.

314. Nel caso in cui il debitore si fosse obbligato a consegnare la tale o tal altra cosa sotto una alternativa, a sua scelta, ed il fideiussore si fosse obbligato circa ad una di queste due cose soltanto, *quid juris?* Da una parte puossi dire che l'obbligazione del fideiussore sarebbe più onerosa in quanto che il medesimo non avrebbe la scelta, come il debitore, di pagar l' una o l' altra delle cose da costui promesse. Ma da un' altra banda la perdita per caso fortuito della cosa promessa dal fideiussore la libererebbe interamente, mentre che non libererebbe il debitore, il quale dovrebbe consegnar l' altra cosa; art. 1193 c. c. = *1146 ll.* cc. E rivolgendo la specie, l' obbligazione del fideiussore sembrerebbe meno onerosa di quella del debitor principale, poichè il fideiussore avrebbe la scelta di pagar l' una o l' altra cosa; e più onerosa, in quantochè la perdita di una delle due cose non lo libererebbe, mentre che la perdita di quella soltanto che fu promessa dal debitore, libererebbe questi compiutamente. Noi crediamo di doversi dire nella prima ipotesi che il fideiussore avrà la scelta, come il debitore, di liberarsi col rilascio di una

delle due cose da costui promesse, giacchè un fideiussore deve sempre aver dritto di liberarsi col pagamento di ciò che può pagare lo stesso debitore; e nondimeno egli ha pure il vantaggio, annesso alla propria obbligazione, di esser liberato con la perdita della cosa da lui promessa. E nella seconda ipotesi, non solo potrebbe pagar l'una o l'altra delle cose da lui promesse, ma di più si sarebbe liberato con la perdita di quella dovuta dal debitore; nè dovrebbe l' altra.

515. Ciò pel caso in cui il fideiussore siasi obbligato a qualche cosa di più o meno di quel che doveva il debitore; ma ove si supponga che quando essendo Paolo obbligato verso Pietro a fare o a dare la tale cosa, Pietro pattuisca con Giovanni una cosa diversa, per esempio, una certa somma, nel caso in cui Paolo non facesse o non desse quanto promise, non bisogna scorgere in ciò una fideiussione, giacchè è massima che non solo il fideiussore non può essere obbligato più del debitore, ma anche che non può esserlo a qualche cosa diversa (1), poco importa che valga di più o di meno, giacchè l' obbligazione del fideiussore è l' accessorio di una obbligazion principale, e non già un' obbligazione diversa.

Ma questa obbligazione vale forse come obbligazion principale condizionale, come novazione sotto condizione, come espromissione? Crediamo di sì,

(1) *V.* le ll. 42 e 70, § 2., ff. *de Fidejuss. et mandatoribus.*

ed in conseguenza quando anche ciò che Giovanni promise valesse più di quel che Paolo erasi obbligato di fare o di dare, Giovanni sarebbe sempre obbligato, se competa, a pagarlo. Ed in fatti è chiaro che Pietro nella specie ha stipulato con Giovanni in modo *principale*, e non *fideiussoria causa*; poichè è tutt'altro di ciò che eragli dovuto da Paolo. In verità, come in materia di fideiussione, egli lo stipulò nel caso in cui Paolo non gli pagasse quanto avevagli promesso; nella idea però de' contraenti, era questa una semplice condizione apposta all'obbligazione di Giovanni, la quale formava non già una obbligazione accessoria a quella di Paolo, ma un'obbligazione diversa, una obbligazione principale condizionale, una espromissione o novazione sotto condizione, e non altro: donde segue che Giovanni, benchè pagasse ciò che promise, non sarebbe surrogato di pieno dritto all'azione di Pietro contra Paolo, giacchè non potrebbe dire che era tenuto per altri o con altri a pagare quanto pagò, mentre erane il solo obbligato, se mai competesse. Adunque per isperimentare quest'azione avrebbe bisogno di esservi surrogato convenzionalmente da Pietro.

316. In generale, come lo abbiam detto, la fideiussione è l'effetto di un mandato conferito dal debitore al fideiussore di rendersi risponsabile per lui, ma nondimeno può ciascuno costituirsi fideiussore senza ordine, ed anche senza saputa di colui pel quale si obbliga; art. 2014 c. c. = *1886 ll. cc.*

Si può anche garantirlo malgrado il suo divieto; giacchè siccome io posso benissimo pagare il vostro debito vostro malgrado, ed anche malgrado il vostro creditore (1); per la medesima ragione, se costui, in vece di ricevere da me il suo pagamento, voglia accettare la mia fideiussione, la mia obbligazione è valida a questo titolo, ed io sarei tenuto verso di lui come se vi avessi garantito col vostro assenso, nè più, nè meno.

Qualora la fideiussione siasi data per ordine del debitore, al fideiussore che abbia pagato compete contro di costui l'azione di mandato, *actio mandati contraria*, senza parlare della surrogazione legale a' dritti del creditore, in virtù degli art. 1251 e 2029 c. c. = *1204 e 1901 ll. cc.*

Quando egli abbia garantito senza saputa del debitore, ha contro di lui l'azione chiamata in Dritto *negotiorum gestorum*, per ricuperare le spese da lui fatte, ed anche la surrogazione legale a' dritti del creditore, in virtù di questi medesimi articoli i quali non distinguono.

Avviene lo stesso nel caso in cui abbia prestato fideiussione con saputa del debitore, ma senza ordine di lui: ai termini dell'art. 1375 c. c. = *1327 ll. cc.*, è questo, vigente il Codice, un semplice caso di gestione di affari, e non di mandato propriamente detto. Del resto se la fideiussione siasi data con lo stesso atto col quale il debitore si obbligò,

(1) *V.* tomo XII, n.º 16 e 18.

vi si deve scorgere una fideiussione data in esecuzione di un mandato, quando anche non fosse detto nell' atto di essersi il fideiussore obbligato per ordine o preghiera del debitore: ciò si presumerebbe.

317. Infine *quid* se il fideiussore siasi obbligato ad onta del divieto espresso del debitore? Giustiniano, nella legge ultima al Codice, *de Negotiis gestis* (1), dichiara che quando una persona siasi immischiata negli affari di un' altra malgrado l' espresso di lei divieto, non ha essa azione contra il padrone, ancorchè abbia migliorato la sua cosa; che l' azione *negotiorum gestorum* cessa in questo caso. Volle egli porre un freno alla indiscretezza di coloro che s' ingeriscono negli affari altrui, spesso per motivi poco benevoli. Per regola generale, la sua disposizione, come quella che ha per base ragioni le quali non sono prive di forza, dovrebb'essere seguita nel nostro dritto, ed in conseguenza a chi abbia garantito un debitore, di lui malgrado, non competerebbe l' azione di gestione di affari contro di lui. Ma da una parte non vi può essere ostacolo che il creditore, ricevendo il suo pagamento da questo fideiussore, lo surroghi a' suoi dritti ed azioni contro il debitore, poichè in virtù dell' art. 1250 c. c. = *1203 ll. cc.*, può surrogare chiunque gli fa il pagamento. In secondo luogo,

(1) In cui egli tronca una controversia che era insorta tra i giureconsulti a tale riguardo. *V*. ciò che dicemmo nel tomo XII, n.° 19, e i testi che vi sono citati.

siccome questo fideiussore, per effetto della sua fideiussione, era tenuto per un altro, trovasi posto nel caso preveduto dalla legge per la surrogazione legale (art. 1251, n.° 3 c. c. = *1204, n.° 3 ll. cc.*, poco monta che abbia garantito malgrado il debitore, giacchè, come pocanzi abbiam dimostrato, egli non era meno validamente obbligato, non era meno *tenuto per un altro*: ha dunque la surrogazione legale.

Si opporrà forse che stante questa surrogazione, è del tutto senza interesse la controversia se il fideiussore abbia o pur no personalmente, e per dritto proprio, un' azione contra il debitore; ma rispondiamo che in taluni casi al contrario essa può presentarne. In fatti suppongasi che al momento in cui il fideiussore volesse sperimentare il suo regresso contra il debitore, si trovasse prescritta l' azione del creditore: è chiaro che se il fideiussore non abbia altra azione contro di lui, non potrà ricuperare le somme che ha erogate; in vece che se avesse data fideiussione per ordine del debitore, avrebbe almeno l' azione di mandato.

318. La fideiussione non si presume: debb'essere espressa, e non può estendersi oltre i limiti nei quali fu contratta; art. 2015 c. c. = *1887 ll. cc.*

Poichè la fideiussione non si presume, bisogna da ciò inferire che se io scriva semplicemente a qualcuno di poter dare a prestito al signor tale la somma di cui ha bisogno, essendo egli un uomo onesto, meritevole che gli sia reso servizio, non si

reputa per ciò di avere io voluto rendermi fideiussore del mutuo, ma soltanto di aver voluto fare una raccomandazione. Nulladimeno, siccome lo abbiam detto più sopra trattando *del mandato*, numeri 2002 e 2003, lo scioglimento della quistione dipenderebbe molto dalle parole della lettera e dalle circostanze particolari della causa.

319. Segue pure dalla nostra regola che se una donna maritata prenda a prestito una somma, e suo marito intervenga nell' atto per autorizzarla, costui non dev' essere riguardato come fideiussore, senza una dichiarazione espressa da parte sua; salvo, se i coniugi fossero maritati in comunione, l'applicazione dell' art. 1419 c. c., secondo il quale i creditori possono dimandare il pagamento de' debiti contratti dalla moglie col consenso del marito, tanto sopra tutti i beni della comunione, quanto sopra quelli del marito o della moglie, salvo il compenso dovuto alla comunione, o la indennità dovuta al marito. Però in questo caso il marito non è obbligato come fideiussore, ma lo è *principaliter*.

320. E siccome la fideiussione non può estendersi oltre i limiti nei quali fu contratta, segue da ciò che se io abbia garantito un fittaiuolo *pel pagamento de' suoi estagli*, senz'altra spiegazione, non sono mallevadore delle indennità che egli dovesse al locatore per deterioramenti, per mancanza di riparazioni locative, o per l' incendio di cui andasse risponsabile; e se vi fosse stato tacita riconduzione, la mia malleveria non si estenderebbe alle obbli-

gazioni che ne risulterebbero; art. 1740 c. c. = *1586 ll. cc.*

Per applicazione della medesima regola, se io garantisco Paolo per un mutuo che gli fa Pietro, dichiarando che mi obbligo a rimborsare la somma mutuata nel caso in cui Pietro non la rimborsasse, non sono garante degl'interessi da Paolo promessi, benchè gli avesse promessi con lo stesso atto; giacchè la mia fideiussione, stando a termini ne' quali è conceputa, si applica soltanto alla somma mutuata, e non già agl' interessi convenuti tra il mutuante ed il mutuatario.

321. Ma la fideiussione indefinita per una obbligazione principale si estende a tutti gli accessorî del debito, anche alle spese della prima domanda, ed a tutte quelle posteriori alla denuncia fattane al fideiussore; art. 2016 c. c. = *1888 ll. cc.*

Ed in vero il fideiussore in questo caso garantendo l' obbligazione senza nulla specificare e senza limitazione o restrizione, intese evidentemente di garantirla in tutte le sue conseguenze: stante ciò, nella specie precedente, se egli siasi renduto puramente e semplicemente fideiussore del mutuatario, si reputa di aver garantito anche gl' interessi convenuti nell' atto di mutuo; e qualora abbia data malleveria per l' esecuzione di un affitto, si è reso pur con ciò mallevadore non solo pel pagamento degli estagli o delle pigioni, ma anche per tutte le obbligazioni del fittaiuolo o dell' inquilino, e risultanti da questo affitto, ma non tuttavolta per quelle risultanti dalla tacita riconduzione.

Circa alle spese della prima dimanda formata contro il debitore, il fideiussore ne è tenuto, per la ragione che il creditore, se non abbia un titolo in forma esecutiva, è ridotto alla necessità di formarla per essere pagato, qualora non lo sia bonariamente: ma per le spese posteriori a tale dimanda ed anteriori alla denuncia al fideiussore, costui non ne è tenuto, atteso che avrebbe forse pagato se gli fosse stato fatta la denuncia, e non era giusto che un fideiussore potesse trovarsi oppresso da spese senza sua saputa.

322. Le obbligazioni de' fideiussori passano a' loro eredi, dice l'art. 2017 c. c. = *1889 ll. cc.*, ad eccezione di quella relativa all'arresto personale, se mai il fideiussore vi si fosse sottoposto.

Non avendo l'obbligazione di un fideiussore nulla di particolare che potesse farla riguardare come essendo una di quelle obbligazioni esclusivamente personali al debitore, non si scorge a prima vista la ragione che potè indurre i compilatori del Codice a credere di esser utile il dichiarare espressamente che passerebbe agli eredi del fideiussore: sembrava in fatti che la regola generale di stipular noi o di promettere pe' nostri eredi come per noi medesimi, dovesse rendere superflua questa disposizione: bastava dichiarare che gli eredi non sarebbero soggetti all'arresto personale, nel caso in cui il fideiussore vi fosse sottoposto. Ma essi attinsero i canoni della materia dalle opere degli autori, i quali avevano anch' essi desunte le loro risoluzioni dal

Dritto romano, ed il § 2, Instit. *de fidejussoribus*, dice similmente che *fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem relinquit obligatum*: or siccome le Instituta di Giustiniano furono generalmente ricavate da quelle di Caio, nelle quali siffatta disposizione esisteva puranche, spiegasi come si ritrovi nel Codice civile; imperocchè Caio aveva creduto di dover avvertire che l' obbligazione del fideiussore passava a' suoi eredi, giacchè nell' antico Dritto romano l' obbligazione della specie di fideiussore detto *sponsor* non passava ai suoi, ma era tutta personale.

323. Il debitore obbligato a dar fideiussione dee presentar persona capace di contrattare, che possegga beni sufficienti per cautelar l' oggetto della obbligazione, e che abbia il suo domicilio nella giurisdizione della Corte reale in cui dee prestarsi la sicurtà (art. 2018 c. c. = *1890 ll. cc.*), e se trattisi di una sicurtà giudiziaria, il mallevadore deve inoltre esser tale da potersi personalmente arrestare; art. 2040 c. c. = *1912 ll. cc.* Ma di ciò torneremo a parlare in appresso.

324. Le condizioni richieste dal detto art. 2018 non sono purtuttavolta richieste allorchè si tratti di un fideiussore promesso con un contratto, e la persona sia stata indicata nell' atto, o dal creditore, o dal debitore stesso, ed in quest' ultimo caso, quando essa sia stato liberamente accettata dal creditore, senza frode da parte del debitore: imperocchè il creditore dovrebbe attribuire a colpa

sua lo aver accettato questa persona: doveva richiederne un' altra, o contentarsi di stipulare una fideiussione senza indicarsi una persona qualunque.

325. Se il fideiussore non dinotato nel contratto, ma che nondimeno sia stato accettato dal creditore, o quello dato in virtù di una disposizione della legge o del magistrato, trasferisca di poi il suo domicilio fuori la giurisdizione della Corte reale in cui fu accettato, il creditore ha mai dritto di richiederne un altro, come lo potrebbe, giusta l' art. 2020 c. c. = *1892 ll. cc.*, se questo fideiussore fosse divenuto insolvibile dopo la sua obbligazione?

Il motivo della legge, nel voler che il debitore obbligato a dar malleveria sia tenuto a presentare una persona che abbia il suo domicilio nella giurisdizione della Corte reale in cui dev'essere accettata, essendo evidentemente di evitare al creditore, in caso che non si adempisse al pagamento, lo svantaggio d'essere obbligato di andare a piatire in lontana parte col fideiussore, sembraci evidente che il creditore non potrebbe dolersi di questo cangiamento di domicilio, se nell' atto di fideiussione il fideiussore avesse eletto domicilio in un luogo situato nella giurisdizione della Corte reale in cui fu data, non importa se nel suo domicilio reale o altrove, o se oggidì eliggesse domicilio in un luogo della giurisdizione della Corte reale; giacchè egli potrebb' essere convenuto in questo domicilio eletto non meno che nel suo nuovo domicilio; art. 111

c. c. = *116 ll. cc.*, e 59 c. pr. = *151 ll. pr. civ.* Ma se non vi fosse questa elezione di domicilio, siccome il fideiussore dovrebb' essere convenuto innanzi al giudice del suo nuovo domicilio, è chiaro che più non esiste una delle condizioni richieste dalla legge, che la speranza del creditore trovasi ingannata, e stante ciò, che può egli dire di esser come se il fideiussore datogli non avesse avuto fin da principio il suo domicilio nella giurisdizione della Corte reale in cui fu ammesso, nel qual caso sicuramente non potrebbesi negare che il debitore non abbia abbastanza adempito alla sua obbligazione dando simile malleveria. In fatti è la stessa cosa pel creditore. Senza dubbio se questo fideiussore, il quale ha cangiato domicilio dopo la sua obbligazione, aderisse, a dimanda del debitore o del creditore, ad eleggere domicilio in un luogo della giurisdizione della Corte reale in cui fu ammesso, non meriterebbe ascolto la dimanda del creditore di volere un altro fideiussore; ma se non vi acconsenta, ci sembra, comunque rigorosa sia questa risoluzione, che il debitore possa essere obbligato a presentarne un altro. Vero è che l'insolvibilità in cui è caduto il fideiussore dopo la fideiussione è pel creditore un fatto di più grave importanza del semplice cangiamento di domicilio di questo fideiussore, e per tale ragione forse l' art. 2020 c. c. = *1892 ll. cc.* fa risultare dal primo di questi fatti il dritto, pel creditore, di richiedere un altro fideiussore, mentre che il detto articolo non

ispiegasi sulla conseguenza che puossi desumere dal secondo; ma rispondiamo che il suo silenzio a siffatto riguardo non altro può somministrare che uno di quegli argomenti negativi, in generale poco concludenti, e che sebbene il cangiamento di domicilio del fideiussore abbia sicuramente pel creditore conseguenze meno gravi della insolvibilità di questo fideiussore, nulladimeno non puossi disconvenire di non aver la legge posto anche importanza al suo domicilio nella giurisdizione della Corte reale in cui è ammesso, poichè ne formò espressamente una delle condizioni che deve avere questo fideiussore perchè il creditore sia tenuto ad accettarlo: or se il fideiussore, ripetiamolo, trasferisca il suo domicilio in parte lontana, in paese straniero forse, non è forse lo stesso pel creditore che se gliene fosse stato offerto da principio uno domiciliato fuori la giurisdizione di questa Corte? assolutamente. In vano direbbesi pure che il creditore potè prevedere questo cangiamento di domicilio, giacchè risponderemmo che tale cangiamento non si presumeva; e poi questa obbiezione sarebbe altronde inapplicabile ai casi in cui la malleveria era dovuta in forza della legge o in virtù di sentenza. Inutilmente pure direbbesi che doveva stipulare una elezione di domicilio nell' atto di fideiussione, o far le sue riserve nell' obbligazion principale, che il debitore sarebbe tenuto a dare un altro fideiussore qualora quello che gli fosse presentato trasferisse di poi il suo domicilio nella giurisdizione di un'altra

Corte: noi risponderemmo ugualmente che questa obbiezione non può farsi nel caso di una fideiussione dovuta in virtù della legge o di una sentenza; ed in quelli di una promessa di malleveria, il creditore non avea dritto di richiedere nell' atto di fideiussione che il fideiussore eleggesse domicilio: non è questa una delle condizioni stabilita dal nostro art. 2018. E circa all' aver mancato di fare le proprie riserve nel contratto principale, può egli rispondere che non avea bisogno di ciò praticare a fronte di questo articolo, il quale gli additava le condizioni che doveva avere il fideiussore. Laonde, a parer nostro, il creditore in questo caso ben può dimandare un' altra malleveria.

326. La solvibilità di un fideiussore non si misura altrimenti che in ragione de' suoi beni stabili, eccetto nelle materie di commercio, o nel caso che il debito sia tenue; giacchè i mobili potrebbero facilmente essere distratti o alienati, ed il terzo che li possedesse non potrebbe esserne evinto, stante la regola che in fatto di mobili il possesso vale per titolo; art. 2279 c. c. = *2185 ll. cc.*

Non si valutano per tal rapporto gl' immobili litigiosi, nè quelli sopra de' quali si renderebbe troppo difficile qualunque atto esecutivo per la distanza della loro situazione; art. 2019 c. c. = *1891 ll. cc.*

Nè tampoco devesi aver riguardo agl' immobili la cui proprietà fosse risolvibile in mano del fideiussore, nè a quelli che fossero coperti d'ipoteche,

giacchè non presenterebbero al creditore vie maggior sicurezza degl'immobili litigiosi, ed in parecchi casi glie ne presenterebbero anche meno. Vi vogliono immobili liberi. Qualora sieno gravati di ipoteche sino ad una concorrente parte soltanto del lor valore, si ha riguardo al resto. Se mai si trovino gravati di dritti di usufrutto o di uso, vengono stimati analogamente. E perchè il tale stabile posseduto dal fideiussore possa riguardarsi come litigioso, non è necessario che vi sia già una lite incoata in quanto a questo stabile tra il fideiussore ed un terzo: l'art. 1701 c. c. = *1547 ll. cc.*, per argomento, non sarebbe per necessità applicabile a questo caso, ma basterebbe che il dritto del fideiussore fosse realmente incerto, perchè costui avesse giusto motivo di temere di essere molestato con una azione di rivendicazione da parte di un terzo, locchè, in caso di controversia, si valuterebbe dai tribunali, come sono essi obbligati a farlo nel caso preveduto dall' art. 1653 c. c. = *1499 ll. cc.*

327. Circa alla distanza della situazione degl'immobili, è chiaro che non s' intese con ciò la circostanza che i beni fossero situati fuori la giurisdizione della Corte reale in cui deve ammettersi il fideiussore, giacchè si sarebbe detto, come si disse circa al domicilio del fideiussore e come si disse pure in riguardo a' beni che deve indicare il fideiussore da cui dimandasi il beneficio di escussione, i quali beni, giusta l' art. 2023 c. c. = *1895 ll. cc.*, debbono essere situati nella giurisdizione della

Corte reale in cui dee farsi il pagamento. Ma da un' altra banda nè anche s' intesero con ciò i beni soltanto che fossero situati ne' paesi stranieri o nelle colonie: non si sarebbe pure mancato di spiegarlo. A dir vero, attesa l' uniformità della nostra procedura sulla spropriazione forzata degl' immobili in tutta la Francia, i beni situati nel tale dipartimento non sono di escussione più difficile di quelli situati in altro dipartimento; ma si ebbe in mira la lunghezza de' viaggi che il creditore dovrebbe fare per devenire alla spropriazione forzata de' beni situati in un luogo assai lontano dalla giurisdizione della Corte reale in cui deve darsi la malleveria, quantunque in Francia, e ciò appunto si volle prevenire. Adunque è questo un punto lasciato all' arbitramento del magistrato.

328. Il debitore obbligato a dar fideiussione in virtù della legge o di sentenza, e per una fatta promessa, è tenuto di presentare persona che sia solvibile, e la cui solvibilità consista in generale in beni stabili; ma non è obbligato di presentarne una che voglia sottoporre i suoi stabili ad ipoteca per sicurezza del credito, tranne disposizione speciale nella sentenza che ordinasse di darla, ovvero convenzione particolare nella promessa: l' art. 2018 c. c. = *1890 ll. cc.* non chiede cosa simile, e sarebbe questa una condizione la quale in parecchi casi impedirebbe ad un individuo di trovare un fideiussore. Veramente potrà accadere che quello il quale sarà dato assoggetti poi ad ipoteche i

suoi stabili, e distrugga così le cautele che la legge avea voluto procurare al creditore; ma se ciò avvenga, ed in fatti il fideiussore sia realmente divenuto insolvibile, il creditore avrà dritto di richiedere un altro fideiussore, eccetto se quello datogli lo fosse stato in virtù di una convenzione con la quale avesse richiesto questa medesima persona per garante. Tanto dispone l' art. 2020 c. c. = *1892 ll. cc.* così espresso:

« Quando il fideiussore accettato dal creditore « volontariamente o giudizialmente, sia divenuto « insolvibile, se ne dee dare un altro.

« Questa regola ammette eccezione nel solo caso « in cui il fideiussore non sia stato dato se non in « forza di una convenzione con la quale il credi- « tore abbia *voluto* per fideiussore quella tale de- « terminata persona. »

La prima di queste disposizioni prova dunque in favore della nostra opinione, che per massima generale il debitore non è obbligato a presentare un fideiussore il quale voglia assoggettare i suoi beni ad ipoteca a favore del creditore, poichè se così fosse, non mancherebbe costui di domandarla, e non avrebbe a temere la insolvibilità in cui potrebbe cadere il fideiussore.

329. Ma poichè la solvibilità di un fideiussore non si stima che avuto riguardo ai suoi beni immobili, e, come il dicemmo, avuto riguardo ai suoi beni liberi, è chiaro che la sicurezza richiesta dalla legge pel creditore nella esistenza di questi

medesimi beni sparisce se il fideiussore li soggetti ad ipoteche a favore di altre persone; giacchè allora è lo stesso pel creditore che se egli avesse avuto i suoi beni gravati al tempo dell' atto di fideiussione, e ciò posto, potrebbe aver dritto a chiederne un altro. Siccome però in tal caso si tratterebbe di una quistione d' insolvibilità reale, e qualunque costituzione d' ipoteca non basterebbe perchè potesse dirsi con verità che il fideiussore sia divenuto insolvibile rispetto al creditore, crediamo che si potrebbe risolvere questa quistione secondo i fatti e le circostanze, e specialmente considerando la causa delle ipoteche. In fatti se si tratti di una ipoteca legale per effetto del matrimonio della persona che si rendette garante, o per effetto dell'accettazione di una tutela, siccome una tale ipoteca non distruggerebbe la sua reale solvibilità, almeno generalmente, il creditore il quale volesse servirsene come di ragione per domandare un altro fideiussore, non dovrebbe in generale avere ascolto. Ma se il fideiussore in vece di pagare i suoi debiti, lasci pronunziare sentenze contro di lui, o se prendendo a mutuo, soggetti i suoi beni ad ipoteche, il creditore ha dritto di dolersene e di domandare un altro fideiussore, ammenochè, come si è detto, quello dato lo sia stato in virtù di una convenzione colla quale ha egli chiesto la tale persona per fideiussore; giacchè allora dovrebbe imputare a sè stesso di aver chiesto quella persona.

Ma se l'abbia semplicemente accettato (1), può domandare un altro fideiussore, allorchè il primo sia divenuto insolvibile dopo l'atto di fideiussione.

Diciamo *allorchè sia divenuto insolvibile dopo l'atto di fideiussione*, perchè in fatti se già lo era quando si obbligò, il creditore non avrebbe il dritto di domandare un altro fideiussore; il testo del nostro articolo non lascia alcùn dubbio a tal riguardo; e ciò quando anche il creditore avesse allora ignorato la sua insolvibilità (2), eccetto però se in questo caso non fosse egli stato sorpreso o ingannato dal debitore, che glielo diede per fideiussore; giacchè i casi di frode sono sempre eccettuati.

330. Nei casi in cui il debitore non dia un fideiussore avente le qualità richieste, o che obbligato a darne un altro, non ne presenti alcuno, il creditore è in dritto di domandare lo scioglimento del contratto coi danni ed interessi, per applica-

---

(1) Non è ciò contrario a quanto fu da noi detto sull'art. 2018 c. c. = *1890 ll. cc.* n.° 234 *supra*, giacchè è chiaro che il creditore il quale accettò la tale determinata persona nel contratto in cui si promise di dare cauzione, non può dolersi in prosieguo che quella persona non fosse domiciliata nella giurisdizione della Corte reale in cui debb'essere ammessa, nè che essa non fosse bastantemente solvibile, salvi i casi di sorpresa e di frode; giacchè per qual motivo l'ha egli accettato? Ma quando questo fideiussore volontariamente accettato dal creditore, come lo suppone l'art. 2020 c. c. = *1892 ll. cc.*, *diviene di poi insolvibile*, è tenuto a somministrarne un altro, perchè in tal caso il creditore non ha cosa alcuna a rimproverarsi; in vece che se sia una persona da lui stessa richiesta per fideiussore, deve a se stesso rimproverare di averla domandata, ed il debitore non deve dargliene un altro; perchè non aveva promessa che quello.

(2) *V.* la l. 3, § 3, ff. *ut in possess. leg.*

zione della regola, che nelle convenzioni sinallagmatiche la condizione risolutiva è sempre sottointesa, nel caso che una delle parti non soddisfacesse alla sua obbligazione; art. 1184 c. c. = *1137 ll. cc.*

CAPITOLO II.

Degli effetti della fideiussione.

SEZIONE PRIMA

Dell' effetto della fideiussione tra il creditore ed il fideiussore.

SOMMARIO

331. *L'obbligazione del fideiussore è condizionale di sua natura, cioè pel caso in cui il debitore non pagasse il suo debito: conseguenza.*

332. *Se il fideiussore siasi obbligato solidalmente, la sua obbligazione si regola coi canoni delle obbligazioni solidali.*

333. *Origine del beneficio di escussione.*

334. *Quando dev' essere proposto, per esserlo con effetto.*

335. *Quando debb' esserlo nel caso in cui il fideiussore neghi la fideiussione, o sostenga che non sia valida: discussione e rigetto di un parere di Pigeau.*

336. *Discussione e rigetto di altro parere del medesimo autore.*

337. *Rigetto di una opinione di Pothier.*

338. *Quali condizioni deve adempiere il fideiussore che invoca il beneficio di escussione.*

339. *Finchè il fideiussore non sia convenuto in giudizio, non può egli efficacemente invocare tal beneficio, ancorchè il debito fosse maturato: conseguenza.*

340. *Effetto del beneficio di escussione debitamente opposto.*

341. *Quali sieno le obbligazioni di ciascun di coloro che si son renduti fideiussori di un medesimo debitore, per un medesimo debito e con uno stesso atto.*

331. Il fideiussore, come lo dice positivamente l'art. 2011 c. c. = *1883 ll. cc.*, non essendo obbligato che pel caso in cui il debitore non adempisse alla sua obbligazione, essendo così obbligato condizionatamente, da ciò emerge che per poter essere legalmente convenuto, è d' uopo che il debitore in effetti non abbia adempito alla propria obbligazione. Ciò puranche dichiara l'art. 2021 c. c. = *1893 ll. cc.* così conceputo: « Il fideiussore « non è tenuto a pagare il creditore *se non in* « *mancanza del debitor principale* il quale deve « preventivamente essere escusso sopra i suoi beni, « qualora il fideiussore non abbia rinunziato al be- « neficio della escussione, o non siasi obbligato so- « lidalmente col debitore (1): nel qual caso l'ef- « fetto della sua obbligazione si regola cogli stessi « principî stabiliti riguardo a' debiti solidali. »

---

(1) Dippiù, se il fideiussore abbia costituito un' ipoteca sopra i suoi

Veramente il creditore prima di poter domandare il pagamento al fideiussore, non è obbligato di dritto ad escutere precedentemente il debitore sopra i beni di lui; l'articolo seguente dichiara in espresso modo il contrario, dicendo che « che il « creditore non è tenuto di escutere il debitore prin- « cipale, se non quando il fideiussore ne faccia « istanza *ne' primi atti della causa contro di lui* « *promossa* ». Ed in fatti la escussione del debitore è un beneficio che le leggi accordarono ai fideiussori, e che accordarono soltanto sotto certe condizioni, che il fideiussore non è sempre in istato di adempiere; per conseguenza è necessario che si spieghi, che ne faccia istanza, per poter adempiere queste medesime condizioni. Altronde il fideiussore non sempre può avere un effettivo interesse a valersene. Neanche è altresì necessario che il creditore prima di poter procedere contra il fideiussore abbia avanzato domanda giudiziale contra il debitore principale; non v' ha cosa nel Codice da far presuporre questa domanda. Ma è necessario almeno che la mancanza di pagamento per parte del debitore sia giustificata al fideiussore, poichè costui è obbligato soltanto qualora il primo non adempia alla sua obbligazione; ch' è questa una condizione il cui

beni per sicurezza della sua fideiussione, o del debito, ciocchè si riduce allo stesso, non può, opponendo il beneficio di escussione, opporsi alla vendita dell' immobile ipotecato, giacchè il beneficio di escussione non può essere opposto al creditore che abbia privilegio o ipoteca speciale sopra l' immobile, di cui domanda la vendita; art. 2171 c. c. = *2065 ll. cc.*

adempimento deve per conseguenza il creditore giustificare. Or egli non la giustifica colla semplice produzione del titolo; ma è d' uopo che dimostri che il debitore sia in mora di adempiere alla sua obbligazione, poichè generalmente non puossi dire che colui al quale non si domanda di adempiere alla propria obbligazione, ricusi di eseguirla, e unicamente pel caso in cui non l' adempisse si è il fideiussore obbligato di adempierla. Quindi perchè il creditore possa legalmente procedere contra il fideiussore, è necessario che il debitore principale sia costituito in mora di adempiere alla sua obbligazione, altrimenti il fideiussore può farlo allo stato dichiarare irrecettibile, e condannare alle spese; per lo meno il tribunale deve sospendere di pronunziare sulla dimanda sino a tanto che il creditore presenti la pruova di aver costituito in mora il debitore principale; e se costui pagasse immediatamente, le spese della lite intentata prima del tempo contro il fideiussore dovrebbero rimanere a peso del creditore.

Ma un debitore non vien costituito in mora soltanto con una dimanda giudiziale; lo è puranche, giusta l'art. 1139 c. c. = *1093 ll. cc.*, con un precetto, una citazione o altro atto equivalente, oppure in virtù di una convenzione, quando essa stabilisce che il debitore sarà in mora per la sola scadenza del termine senza necessità di alcun fatto; ed ai termini dell' art. 1144 c. c. = *1098 ll. cc.*, nelle obbligazioni di dare o di fare una certa cosa

che non può esser data o fatta utilmente pel creditore se non in un determinato tempo, il debitore è similmente costituito in mora sol perchè abbia lasciato trascorrere questo tempo senza adempiere alla sua obbligazione. Finalmente nelle obbligazioni di non fare una determinata cosa, il debitore si costituisce anche da sè stesso in mora facendola; art. 1146 c. c. = *1100 ll. cc.*

Tale è la vera dottrina, ed essa sorge dalla natura della fideiussione (1), nonchè delle diverse disposizioni del Codice che ne regolano gli effetti; e si applica tanto al caso in cui il fideiussore abbia rinunziato al beneficio di escussione, che al caso contrario, giacchè questa rinunzia non ha cangiato sotto tal riguardo la natura della fideiussione, la quale rimane sempre un'obbligazione secondaria, accessoria, condizionale, cioè contratta pel caso in cui il debitore principale non adempisse alla sua, ciocchè per conseguenza devesi dimostrare dal creditore, e colla pruova che il debitore sia in mora ad adempirla; e ciò è vero puranche nel caso in

(1) La l. 16, § 6, ff. *de Fideiuss.* è dettata in questo senso: il giureconsulto suppone in essa che siasi data una fideiussione in questi termini: Se il debitore non paghi lo somma a lui mutuata, promettete di pagarla voi? *SI REUS QUADRAGINTA, quæ ei credidi, NON SOLVERIT, FIDE TUA ESSE JUBES?* E dichiara di doversi presumere che le parti intesero che il fideiussore sarebbe soltanto tenuto, se il debitore citato pel pagamento non pagasse: *verisimile est id actum, ut cum appellatus reus non solvisset, fedejussor teneretur.* Or secondo la definizione dataci dal Codice della fideiussione, è evidente ch'essa è sempre contratta sotto questa condizione, *si debitor non solverit.*

cui il fideiussore abbia rinunciato al benefizio di escussione.

332. Ma se siasi obbligato solidalmente col debitore, siccome allora la sua obbligazione per ciò che riguarda il creditore vien regolata coi principî che reggono le obbligazioni solidali, e secondo questi principî per potere il creditore agire contro il tale o tal altro debitore, non è obbligato a costituire in mora gli altri (art. 1203 c. c. = *1156 ll. cc.*), egli è chiaro che non solo il fideiussore non può opporgli il beneficio di escussione (art. 2021 c. c. = *1893 ll. cc.*), ma ancora che non può far dichiarare la sua domanda inammisibile allo stato, per non giustificare di aver costituito in mora il debitore. In questo caso, e come il dice positivamente l'art. 1216 c. c. = *1169 ll. cc.*, colui che si è obbligato solidalmente col debitore è considerato come suo fideiussore soltanto rispetto a lui e nel suo unico interesse: rispetto al creditore è un debitore solidale ordinario, e non altro. Laonde coloro che danno il loro *avallo* su lettere di cambio o biglietti ad ordine non possono pretendere dal possessore che agisce contro di essi, che ei dimostri che il traente sia stato costituito in mora con una domanda giudiziale o con un precetto o altro atto; basta il protesto per mancanza di pagamento. Imperocchè coloro che hanno apposto la loro firma in una lettera di cambio o in un biglietto di commercio o come traenti o come giranti, o come datori di avallo o di fideiussione, o finalmente

come accettanti, sono, ai termini degli art. 140 e 142 c. com. = *139 e 141 ll. ecc. com.*, tenuti solidalmente verso il possessore, salvo le varie convenzioni delle parti.

Oltre a ciò se il principale obbligato possa allegare contro la sua obbligazione una eccezione personale, per esempio quella di minore età, il fideiussore quando anche non avesse rinunziato al beneficio di escussione, non può invocarlo, o per lo meno rimane senza effetto subitochè il principale obbligato produca la sua eccezione e domandi così la nullità dell' obbligazione.

333. Il beneficio di escussione, *beneficium ordinis*, fu stabilito da Giustiniano, Novella 4, cap. 1 (1). Ma avveniva sovente prima di lui che la escussione del debitore doveva farsi avanti che il creditore potesse procedere contro il fideiussore: ciò accadeva quando costui aveva promesso di pagare quel che il creditore non potrebbe esigere dal debitore per la costui insolvibilità. *Quanto minus servari potuerit, fide tua jubes?* Se ne rinvengono esempî nelle leggi 41, 52 e 63 ff. *De Fidejuss. et Mandat.* In questo caso la escussione non era un semplice beneficio, ma competea per dritto, poichè era necessaria acciò potesse verificarsi la condizione sotto la quale erasi il fideiussore obbligato.

334. Il beneficio di escussione, allorchè puossi invocare, dev' esser proposto dal fideiussore, e nei

---

(1) Donde fu presa l' autentica *Præsente*, posta nel Codice, tit. *de Fidejuss. et Mand.*

primi atti della causa contro di lui promossa (art. 2022 c. c. = *1894 ll. cc.*), perchè proponendolo tardivamente, sarebbe ciò un nuocere al creditore ritardando così l'epoca del pagamento; e cagionerebbe ancora spese inutili, le quali ricadrebbero alla fine sul debitore, ciocchè la legge volle prevenire. Il fideiussore che trascura di proporre questo beneficio nei primi atti della causa contro di lui promossa, si reputa di avervi rinunziato, la quale supposizione è tanto più naturale, che non è sempre interesse del fideiussore domandare la precedente escussione del debitore. Egli non vi ha interesse, specialmente se costui abbia sottoposto i suoi beni ad ipoteca a favore del creditore, ed abbia allora come pagare il debito senza ricorrere ai mutui e senza contrarre nuove obbligazioni; imperocchè mediante la surrogazione legale all'ipoteca del creditore, esso ricupererà sicuramente ciocchè ha sborsato, e sarà all'istante liberato verso di di lui, ciocchè non è senza qualche vantaggio.

355. Del resto se il fideiussore neghi la fideiussione, o sostenga di non esser valida, non è tenuto a proporre il beneficio di escussione nei primi atti della causa contro di lui promossa, sotto pena di non poter essere in prosieguo ammesso a proporlo, perchè sarebbe dichiararsi per la ragione medesima fideiussore; lo che egli nega. Potrebbe dunque dedurla ancora dopo che sarà stato assodato di aver esso prestato la sua fideiussione, ed una fideiussione valida; per conseguenza potrà opporlo do-

po la sentenza che lo condannasse come fideiussore, e nei primi atti a lui intimati per mettere in esecuzione questa sentenza. Non si contrasterebbe sicuramente tal parere, se il fideiussore impugnando la fideiussione che gli si attribuisce, si avesse sussidiariamente riservato il dritto di eccepire il beneficio di escussione nel caso in cui il tribunale riconoscesse la esistenza e la validità della fideiussione, poichè nella sua posizione avrebbe fatto quanto gli era possibile; or debb' essere lo stesso allorchè impugnando la esistenza o la validità della fideiussione per ragion della quale vien convenuto, nulla dica riguardo al beneficio di escussione: egli non potea invocarlo se non quando si dichiarava fideiussore, e ciò precisamente egli negava. Noi dunque non sapremmo adottare ciocchè scrisse su tal punto Pigeau nel suo trattato *della Procedura civile*, lib. II, parte V, tit. I, capit. VIII, § 11: « L'art. 2022 c. c. = *1894 ll. cc.*, egli di-
« ce, prescrive che l'eccezione di escussione deve
« esser dedotta dopo i primi atti intimati contra il
« fideiussore; ma questo articolo non dice che mai
« debba intendersi per *primi atti*. Deve forse con
« ciò intendersi un precetto, un pignoramento di
« mobili, non seguito da vendita, un pignora-
« mento sopra stabili non seguito da notificazione,
« e dire che se dopo il primo atto della causa esso
« non deduca la escussione, e lasci fare il secondo
« atto, non potrà essere più ammesso a domanda-
« re la escussione? Una tale interpretazione sa-

« rebbe ben troppo rigorosa. Il fideiussore può es-
« sere assente o impedito quando vien intimato il
« primo atto o anche gli atti posteriori : spesse
« volte sarebbe impossibilitato di valersi di un be-
« neficio che la legge gli accorda sol per esercitar-
« lo. Convien dunque dire che lo può dopo gli at-
« ti, finchè non abbia tenuto una condotta tale
« da cui possa emergere rinunzia da sua parte alla
« eccezione di escussione, e questa rinunzia do-
« vrebbe presumersi nei due seguenti casi :

« 1.° Allorchè in questi atti egli abbia indebi-
« tamente impugnato o *l' atto o i procedimenti*,
« che ha sostenuto di esser nulli o inammissibili :
« non può più in appresso proporre la escussione,
« giacchè questa eccezione è dilatoria ; e se fosse
« fondata, sarebbe inutile che il fideiussore per-
« desse il tempo ad impugnare male a proposito
« l' atto o i procedimenti ; egli non dovea che pro-
« porre all' istante questa eccezione. *Devesi assi-*
« *milare ad un fideiussore il quale dietro una do-*
« *manda impugni senza motivo l'atto, o la fideius-*
« *sione, o la domanda, in vece di proporre l' ec-*
« *cezione dietro i primi atti di procedura, e che*
« *in appresso non può più proporre, perchè vi ha*
« *tacitamente rinunziato difendendosi nel merito.*

« 2.° Il fideiussore si reputa ancora di aver ri-
« nunziato al beneficio di escussione, quantunque
« non siasi difeso, allorchè non rispondendo ai
« primi atti intimatigli, gli abbia fatto di molto
« avanzare in modo da far supporre al creditore

« che rinunziava a questa eccezione : come se ab-
« bia fatto procedere alla vendita sopra pignora-
« menti di mobili o di frutti pendenti ; se abbia
« lasciato pronunziare la validità di un sequestro
« fatto contro di lui ; se dopo un pignoramento di
« stabili, abbia lasciato fare la notificazione : diver-
« samente potrebbe , dopo aver fatto impiegare dal
« creditore un tempo lunghissimo per eseguire que-
« sti atti di procedura, senza dedurre la escussio-
« ne , ritardare il suo pagamento deducendola di
« poi , e convertire in sutterfugio il beneficio che
« la legge gli accorda. »

In tal caso non dovrebbe essere sicuramente ammesso a proporre ora simile beneficio ; ma in quello in cui abbia sostenuto che non aveva menomamente prestato fideiussione, o che non lo abbia fatto validamente, è tuttavia ammissibile a proporla , anche dopo la sentenza che lo abbia ritenuto qual fideiussore ; ed in tal punto differiamo interamente dall' opinione di Pigeau. Noi già ne allegammo le ragioni, ed esse son convincenti. Altronde lo stesso Pigeau parlando del beneficio di divisione , lib. II , parte II , tit. I , cap. I , sez. IV , § 6 , dice che questo beneficio può essere dedotto in qualunque stato di causa , anche dopo la difesa nel merito , e sino alla sentenza diffinitiva , *poichè conviene ben vedere se vi sia credito, e qualora esista un fideiussore , per opporre la divisione, la quale è inutile di domandare allorchè non esista credito o fideiussione.* Or la ragione è la stes-

sa quando il fideiussore, il quale ora invoca il beneficio di escussione, abbia dapprima impugnato la fideiussione che allegava contro di lui, dicendo che non mai esistette fideiussione, o che era nulla.

336. Differiamo puranche di parere sopra un altro punto con questo rispettabile professore. Assomigliando Pigeau, sotto tal riguardo, il beneficio di escussione al beneficio di divisione, nel medesimo luogo, dice con ragione (1), che il fideiussore non può proporre sì l'uno che l' altra dopo la sentenza che lo ha condannato a pagare il debito; ma rinviando per tal riguardo a ciocchè ha detto precedentemente sul beneficio di divisione, soggiunge: « Tuttociò che si è detto sulla divisione, pag. » 9, si applica qui. »

Or egli aveva detto che il beneficio di divisione può essere opposto sino alla sentenza, lo che è incontrastabile a' termini della legge 10, § 1, Cod. *de fideiuss.*, ed a tenore di quanto insegna Pothier, nel suo trattato *delle Obbligazioni*, n.° 425, ove dice che questo beneficio può essere opposto in qualunque stato di causa, anche dopo la difesa nel merito, e fino alla sentenza diffinitiva. E Pigeau soggiunge ancora che per non essere il fideiussore

(1) *Con ragione*, se però la sentenza non fu profferita sul fatto o sulla validità della fideiussione; giacchè in questo caso, e come è stato da noi detto, il fideiussore potrebbe ancora opporre il beneficio di escussione dopo la sentenza, supponendo ancora che non ne abbia fatto sussidiariamente la riserva nei primi atti della causa contro di lui promossa, sebbene consiglieremmo in simili casi di fare tali riserve per prevenire ogni dubbio.

ammesso a proporla dopo la sentenza, è necessario che questa sentenza abbia acquistato forza di cosa giudicata; che se mai fosse soggetto ad opposizione o ad appello, potrebbe eccepire la divisione in grado di opposizione o d'appello. Ma per quanto riguarda il beneficio di escussione, questo autore evidentemente si allontana dal senso naturale delle parole dell'art. 2022 c. c. = *1894 ll. cc. nei primi atti della causa contro di lui promossa.* Se non abbia impugnato la fideiussione, neanche può, a creder nostro, proporre questo beneficio dopochè la causa sia in istato di esser decisa, ma solamente dopo i primi atti di procedura a lui intimati; e la causa è in istato di esser decisa quando son cominciate le aringhe, cioè quando le conclusioni sono proposte all' udienza in contraddittorio delle parti; art. 343 c. pr. = *437 ll. pr. civ.*

Ed opiniamo così tanto che il fideiussore sia convenuto in giudizio unitamente al debitore, quanto che essendo costui costituito in mora, sia convenuto egli solo. Ma siam poi del parere di Pigeau, che un semplice precetto non gl' impedisca di allegare il beneficio di escussione, che neanche il pignoramento di mobili o di frutti pendenti gli tolga tal dritto; imperocchè tra il precetto e questo pignoramento avvi un sol giorno d' intervallo, od il fideiussore potrebbe essere assente o impedito nel giorno del pignoramento del pari che in quello del precetto.

337. Pothier opiniva che il fideiussore il quale

non abbia opposto il beneficio di escussione nei primi atti della causa contro di lui promossa, per non poter indicare i beni del debitore da escutersi, poteva farlo ancora se avesse quest' ultimo acquistato beni riunenti le condizioni richieste. Non crediamo che questa opinione dovesse seguirsi vigente il Codice. Ciò ritarderebbe il tempo in cui il creditore deve ricevere il suo pagamento, e produrrebbe spese perfettamente perdute, che rovinerebbero lo sventurato debitore. Si supponga in fatti che nel momento in cui debba farsi la vendita di un immobile del fideiussore ad istanza del creditore, fosse costui obbligato di abbandonare la procedura per isperimentarne una simile contra il debitore, al quale sien pervenuti immobili dopo i primi atti intimati al fideiussore: qual ritardo ciò non apporterebbe nel pagamento dei credito, e quale moltiplicità di spese, che il debitore, come è ragionevole, dovrebbe sopportare! Senza dubbio il fideiussore è degno di favore, soprattutto, come nella specie, allorchè litiga per conservare il suo fondo; ma la escussione del debitore è un *beneficio* della legge, ed il Codice non l' accorda al fideiussore, se non quando costui l' invochi *nei primi atti della causa contro di lui promossa.*

338. Vediamo ora le condizioni che deve adempiere il fideiussore il quale invoca il beneficio di escussione.

Deve indicare i beni del debitore che intende far escutere, cioè far vendere dal creditore; e deve

anticipare le spese occorrenti per tale escussione; art. 2023 c. c. = *1895 ll. cc.*

Egli non deve indicare i beni del debitore situati fuori della giurisdizione della Corte reale del luogo in cui dee farsi il pagamento, nè beni litigiosi, nè beni già ipotecati per cautela del debito, i quali non sieno più in potere del debitore; *ibid.*

Egli neanche dee indicare beni i quali, quantunque ancora in possesso del debitore, fossero coverti, sino alla concorrenza del loro valore, da ipoteche a favore di terze persone, poichè il creditore non potrebbe ricevere cosa alcuna dal prezzo di questi medesimi beni, e la loro vendita non avrebbe altro risultamento che di nuocere al debitore. Egli non deve viemaggiormente indicare quelli la cui proprietà fosse risolvibile nelle mani del debitore, per esempio l'immobile da costui comprato col patto di ricompra, se il termine per esercitare il dritto di ricompra non fosse trascorso. Il creditore difficilmente troverebbe aggiudicatarî per tali beni, a motivo del pericolo dell'evizione. La ragione è la stessa che per gl'immobili litigiosi.

Ma eccetto questi beni, può egli indicare tutti quei che il debitore ha in suo potere, mobili o immobili, e sia che quelli indicati fossero oppur no bastanti a pagare il debito. Il Codice non fa distinzione alcuna nè sull'uno nè sull'altro punto: soltanto, qualunque però sieno i beni indicati, il fideiussore deve anticipare le spese occorrenti

per la escussione di questi medesimi beni. Allorchè quelli indicati non saranno bastanti al pagamento dell' intero debito, il creditore soffrirà al certo l' inconveniente di un ritardo nella soddisfazione del debito per lo rimanente, ed anche l' inconveniente di una soddisfazione parziale, ammenochè non voglia piuttosto far ordinare il deposito nella cassa delle consegnazioni fino a quando il fideiussore completi il pagamento; ma la escussione non è che un *esame* de' beni del debitore, e non puossi conoscere il giusto loro valore se non colla vendita che ne sarà fatta. Si aggiunga che il motivo il quale fece stabilire questo beneficio, è la supposizione assai ragionevole che il fideiussore obbligandosi intese farlo pel caso solamente in cui il debitore non adempisse egli stesso alla sua obbligazione, e fino alla concorrenza soltanto di quanto il creditore non potesse ottenere: or se costui mediante la escussione de' beni del debitore può esser pagato in parte, il fideiussore non gli deve che il resto. E circa all' inconveniente di un pagamento parziale, il creditore, come lo abbiamo detto, può chiedere che il prodotto dalla vendita de' beni del debitore sia depositato finchè il fideiussore gli paghi ciocchè mancasse per fare il pagamento dell' intero suo debito.

I beni indicati debbono essere situati nella giurisdizione della Corte reale in cui dee farsi il pagamento, e secondo l'art. 1247 c. c. = *1200 ll. cc.*, il pagamento deve farsi nel luogo indicato dalla

convenzione. Non essendovi indicazione di luogo, e trattandosi di una cosa certa e determinata, il pagamento deve farsi nel luogo ove al tempo del contratto si trovava la cosa che ne forma l'oggetto. Fuori di questi due casi, il pagamento deve farsi nel domicilio del debitore.

Ma il debitore dopo il contratto potè cangiare domicilio: *V.* a tal riguardo quanto fu da noi detto parlando del pagamento, tomo XII, n.° 101.

Il divieto fatto al fideiussore che invoca il beneficio di escussione, d'indicare beni ipotecati per cautela del debito, i quali non sieno più in potere del debitore, è fondato sul motivo che il possesso del terzo acquirente è degno di favore al pari che l'esercizio del benefizio di escussione; per cui le leggi accordarono questo beneficio al terzo possessore, non obbligato personalmente al debito, allorchè sien rimasti in potere del principale o de' principali obbligati beni ipotecati per cautela del medesimo debito: può egli domandarne la precedente escussione, secondo le formalità determinate nel titolo *della Fideiussione*, e durante tale escussione si soprassiede dalla vendita del fondo da lui posseduto; art. 2170 c. c. = *2064 ll. cc.*

Avvi nulladimeno questa differenza, che quando il beneficio di escussione sia invocato da un terzo detentore d'immobili ipotecati, questo detentore non può domandare che la escussione degl'immobili ipotecati al medesimo debito che sono tuttavia in potere del debitore; mentrechè se il be-

neficio di escussione viene invocato dal fideiussore, può costui invocare quella de' beni che non sono ipotecati al debito, purchè però sieno in potere del debitore, e, come lo abbiam detto, che non sieno soggetti ad ipoteche a vantaggio di terze persone, sino alla concorrenza del valore, o presso a poco. Questa differenza emerge evidentemente dal confronto degli art. 2023 e 2170 c. c. = *1895 e 2064 ll. cc.* innanzi citati. E quando anche il creditore vantasse pure ipoteca sopra un immobile che fosse in potere del debitore, il fideiussore potrebbe sempre indicare altri beni, anche in potere di quest' ultimo, sieno oppur no questi beni ipotecati al medesimo debito, purchè non lo fossero da principio ad altri creditori, sino alla concorrenza del loro valore; in modo che sotto tal riguardo puossi dire che il beneficio di escussione ha effetti più estesi pei fideiussori che pei terzi acquirenti di fondi ipotecati.

339. Siccome il fideiussore non può, sebbene il debito fosse divenuto esigibile, costringere il creditore a convenire in giudizio il debitore, salvo di convenirlo egli stesso, per obbligarlo a pagare, o a procurargli la sua liberazione (art. 2039 c. c.= *1911 ll. cc.*), da ciò segue che non può invocare il beneficio di escussione prima di essere chiamato in giudizio: può soltanto opporlo nei primi atti della causa contro di lui promossa (o giudiziali o stragiudiziali) (art. 2022 c. c. = *1894 ll. cc.*); in modo che il deperimento de' beni che avesse in-

dicati al creditore per essere escussi, prima di essere esso medesimo convenuto in giudizio, non andrebbe a danno di quest' ultimo, perchè nulla l'obbligava ad agire contro il suo debitore: potette anche accordargli espressamente una proroga del termine senza perdere perciò i suoi dritti contro di lui; medesimo art. 2039 c. c.

Se questo beneficio sia invocato dietro una domanda giudiziale prodotta contro il fideiussore, o contra il debitore ed il fideiussore unitamente, il fideiussore lo domanda con atto di patrocinatore, a patrocinatore contenente le indicazioni e le offerte di sopra enumerate.

E se i procedimenti contra il fideiussore abbian luogo per esecuzione di un titolo in forma esecutiva, il fideiussore può proporre la escussione, o dietro i precetti preventivi, pignoramenti o altri atti di esecuzione, nel tempo in cui gli vengono intimati, oppure dopo, ma allora con atto intimato al creditore; ed in ambedue i casi, colla indicazione dei beni da escutersi e colla offerta delle spese bastanti per la escussione.

Se il creditore non voglia procedervi e continui ad agire contra il fideiussore, questi lo cita a comparire sommariamente per sentir ordinare sospese le istanze contro di lui.

Possono elevarsi parecchi incidenti riguardo all'esercizio di tal beneficio, ma ciò principalmente appartiene alla procedura.

340. Qualora il fideiussore abbia fatto l' indica-

zione de' beni in conformità dell' art. 2023 c. c.= *1895 ll. cc.*, ed abbia somministrato le spese occorrenti per la escussione, il creditore è tenuto verso il fideiussore, fino alla concorrenza de' beni indicati, per la insolvibilità del debitore sopraggiunta a causa di aver esso creditore differito di procedere giudizialmente; art. 2024 c. c.= *1896 ll. cc.* Quindi non deve egli frapporre alcun ritardo a far sequestrare e vendere i beni a lui indicati, sotto pena di essere risponsabile della perdita.

341. Quando più persone si sono costituite fideiussori per un medesimo debitore e per uno stesso debito, ciascuna di esse resta obbligata per l'intero debito (art. 2025 c. c. = *1897 ll. cc.*), perchè ciascuna di esse si è renduta garante per l' intero, non limitando la sua fideiussione ad una parte soltanto; salvo ciocchè si dirà sul beneficio di divisione.

Sotto tal riguardo i fideiussori differiscono dai debitori principali, i quali non sono tenuti al debito che contrassero congiuntamente, se non ciascuno per una parte uguale a quella degli altri, ammenochè non abbia dichiarato di obbligarsi solidalmente, o eccetto qualche disposizione particolare della legge la quale stabilisse la solidalità circa alla specie di debito di cui si trattasse; art. 1202 c. c. = *1155 ll. cc.* E la nostra regola non è applicabile soltanto al caso in cui molte persone siensi rendute fideiussori *di uno stesso debitore*, per un medesimo debito, caso preveduto dal citato art.

2025, lo è ancora al caso in cui il debito sia stato contratto da molte persone; il sopraccennato articolo non è conceputo a tal riguardo in un senso ristrettivo, ma in un senso spiegativo. In modo che se quattro persone prendano a mutuo una somma, senza solidalità, ciascuna di esse non deve che il quarto della somma, e non può essere convenuto che per questo; ma se altre quattro persone si rendano fideiussori in modo generale, cioè senza che alcuna di esse limiti la sua fideiussione all' obbligazione di uno o di molti debitori principali, esse sono tenute ciascuna per l'intero debito. Certamente esse non ne sono tenute assolutamente coi medesimi effetti che lo sono i debitori principali obbligati solidalmente, giacchè vedremo tra poco che esse possono per dritto comune opporre un beneficio che non potrebbero invocare i debitori solidali, ma sono obbligate *in solidum, in totum:* il creditore ha il dritto di domandare tutta la somma a ciascuno di questi fideiussori, mentrechè non può domandare a ciascun debitore principale che la sua porzione soltanto, cioè nella specie un quarto della somma mutuata. E non puossi qui dire che contra le regole un fideiussore si trova obbligato per più di quel che lo è il debitore principale; giacchè dovendo i quattro debitori principali ad essi tutti la intera somma, e ciascuno de' fideiussori avendo prestato fideiussione per tutti, ha per la ragione stessa prestato fideiussione per lo intero debito.

342. Ma siccome tali regole sembrarono rigorose,

e lo erano in fatti, l'imperatore Adriano stabilì il beneficio di divisione, il quale fu ammesso nella nostra giurisprudenza, antica e moderna.

« Nondimeno, dice l'art. 2026 c. c. = *1898 ll.* « *cc.*, ciascuna di esse (delle persone che si costi- « tuirono fideiussori pel medesimo debito), se non « ha rinunziato al beneficio della divisione, può « pretendere che il creditore divida preventivamente « la sua azione, e la riduca alla parte di ciascuno « de' fideiussori.

« Quando nel tempo in cui uno de' fideiussori « abbia ottenuto la divisione, ve ne sieno alcuni « non solventi, questo fideiussore è tenuto in pro- « porzione per tale insolvibilità: ma non può es- « sere più molestato per causa della insolvibilità « sopravvenuta dopo la divisione ».

343. Non soltanto nel caso in cui i fideiussori abbiano rinunziato al beneficio di divisione, possono essi invocarlo; ma anche quando siensi obbligati solidalmente, o col debitore o tra loro: la solidalità è esclusiva di questo beneficio, ai termini dell'art. 2021 c. c. = *1893 ll. cc.* combinato coll' art. 1203 c. c. = *1156 ll. cc.* In fatti il primo di questi articoli dice che l'obbligazione del fideiussore tenuto solidalmente si regola coi canoni delle obbligazioni solidali, e secondo l'ultimo di essi, il creditore di un'obbligazione solidale può dirigersi contra quel debitore che gli piace, senza che costui possa opporgli il beneficio di divisione. Per conseguenza i diversi datori di *avallo* sopra un ef-

fetto di commercio non possono opporre questo beneficio vie più che quello di escussione, giusta quanto più innanzi fu detto su quest' ultimo beneficio (1).

344. Ma la semplice rinunzia fatta dai fideiussori al beneficio di escussione, non importa ugualmente rinunzia al beneficio di divisione: del qual beneficio sono diversi la causa e gli effetti (2).

E *viceversa* la semplice rinunzia al beneficio di divisione non induce rinunzia al beneficio di escussione.

345. La dichiarazione di solidalità de' fideiussori col debitore o coi debitori principali esclude al tempo stesso il beneficio di escussione e quello di divisione; ma se i fideiussori non siensi obbligati solidalmente che tra loro, e non col debitore o coi debitori principali, non possono certamente invocare il beneficio di divisione, ma almeno nulla si oppone che invochino quello di escussione, se non vi abbiano anche rinunziato; e ciò tanto che la fideiussione sia stata data coll' atto medesimo col quale il debitore o i debitori principali siensi obbligati, quanto che sia stata data con atto separato (3).

346. Se, anche fuori il caso di effetti commerciali, due persone siensi costituite fideiussiori per uno stesso debito con atti separati, siccome non puos-

---

(1) *V.*, per più ampî sviluppamenti, tomo XI, n.° 186.
(2) *V.* tomo XI, n.° 186.
(3) *V. ibid.*

si dire che la fideiussione data dal primo fideiussore sia stata data in considerazione di quella prestata dall' altra, principale ragione sulla quale è fondato il beneficio di divisione, non v' è luogo a tal beneficio a pro del primo fideiussore, almeno è questa la nostra opinione (1), contraria però a quella di Delvincourt. L' art. 2026 c. c. = *1898 ll. cc.* suppone in fatti una fideiussione data da molti congiuntamente. Il primo fideiussore si obbligò *in solidum* e la circostanza che posteriormente un' altra persona volle puranche prestar fideiussione pel medesimo debito, non dovè scemare la latitudine dell' obbligazione di questo primo fideiussore. Ciò non intese già il creditore, il quale volle avere una cautela maggiore.

E se il secondo atto di fideiussione non faccia menzione del primo, il secondo fideiussore neppure può, a creder nostro, invocare la divisione, anche fuori il caso di effetti commerciali. Ma se ne faccia parola, o siasi costituito subito dopo il primo, e non si tratti di effetti commerciali, crediamo che il secondo fideiussore potrebbe invocare la divisione, se tuttavolta ancora non vi avesse rinunziato; imperocchè ben a ragione potrebbe dire che si è costituito fideiussore in considerazione dell' altra fideiussione, coll' idea del beneficio di divisione, come quando due persone si costituiscano fideiussori col medesimo atto.

—

(1) *V.* tomo XI, n.° 186.

347. Se il creditore abbia diviso egli stesso volontariamente la sua azione, non può recedere dalla divisione già fatta, quando anche prima del tempo in cui ha dato il consenso per tale divisione, vi fossero de' fideiussori insolvibili; 2027 c. c. = *1899 ll. cc.*

Questa disposizione ha il suo effetto in due casi: 1.° in quello in cui i fideiussori avessero rinunziato al beneficio di divisione; 2.° in quello in cui non vi avessero rinunziato, ma che al tempo in cui il creditore divise egli stesso la sua azione se ne trovavano fra essi alcuni che erano già insolvibili, della quale insolvibilità sarebbero stati tenuti gli altri fideiussori, ancorchè opponessero il beneficio di divisione: mentrechè non vi saranno tenuti, ai termini dell'articolo; salvo però le riserve che il creditore avesse fatto a tal rguardo nell' atto col quale ha diviso la sua azione.

Ma dacchè il creditore avesse avanzato una domanda contro uno o più fideiussori, o contra tutti per la porzione di ciascuno di essi nel debito, conviem forse desumerne una divisione diffinitiva della sua azione, sebbene i fideiussori non vi avessero ancora acconsentito, e non si fosse ancora pronunziata alcuna sentenza di condanna? In materia di debito solidale l' art. 1211 c. c. = *1164 ll. cc.* risolve la quistione per la negativa, e certamente se i fideiussori non fossero tenuti solidalmente, siccome la loro obbligazione rispetto al creditore, sarebbe regolata secondo i principî delle obbligazioni

solidali (art. 2021 c. c. = *1893 ll. cc.*), si sarebbe costretto a dire che il citato art. 1211 sia applicabile, e per conseguenza che il creditore, finchè i fideiussori chiamati in giudizio non avessero aderito alla sua domanda, o non fosse pronunziata contro di essi una sentenza di condanna, può ritrattarsi, e domandare l'intero contro ciascuno di essi. Ma s' incontra maggior dubbio nel caso in cui i fideiussori non siensi obbligati solidalmente, attesochè il nostro art. 2027 c. c. = *1899 ll. cc.* sembra contentarsi di una semplice divisione fatta dal creditore medesimo.

Or avanzare una domanda contro un fideiussore, per la sua quota, non è forse un dividere la sua azione, almeno rispetto a questo fideiussore? Il nostro articolo non suppone necessariamente che questa divisione si faccia in una convenzione eseguita coi fideiussori, o con uno o più di essi, poichè parla nell' ipotesi in cui il creditore abbia diviso *egli stesso* la sua azione, ciocchè ha luogo tanto formando una domanda *pro parte virili*, contra uno o più fideiussori, o contra tutti, quanto ricevendo la parte di uno di essi nel debito. Ben si potette richiedere più per la rinunzia al dritto di solidalità propriamente detto, che per la rinunzia al dritto di poter convenire in giudizio ciascun fideiussore *in solidum*, poichè la divisione tra i fideiussori è degna di favore.

Del resto questa divisione, come nel caso di solidalità, non deve avere effetto che in faccia a quel

fideiussore al quale il creditore abbia domandato la sua porzione, o che gliela abbia pagato bonariamente, nel senso che potrà egli ancora domandare il resto del debito a ciascuno degli altri fideiussori, che noi supponghiamo di aver rinunziato al benefizio di divisione; o se non vi abbiano rinunziato, nel senso che se v' ha alcuno fra essi insolvibile al tempo in cui opponessero la divisione, la perdita risultante dalla insolvibilità si ripartirebbe tra essi e il creditore, che prenderebbe a tal riguardo il luogo del fideiussore rispetto al quale ha diviso da sè medesimo la sua azione.

348. Essendo la divisione un semplice beneficio della legge, è chiaro che non ha luogo di pieno dritto, che ha bisogno di essere invocata dal fideiussore convenuto in giudizio che voglia profittarne. Ma siccome è interesse de'fideiussori convenuti di valersene al più presto possibile, poichè son essi tenuti per la insolvibilità degli altri fideiussori esistenti al tempo in cui effettuasse la divisione, la legge non istabilì il momento in cui questo beneficio potrebbe essere invocato; essa non disse, come pel beneficio di escussione, di doversi ciò fare *nei primi atti della causa promossa contro il fideiussore.* Per conseguenza può essere invocato in qualunque stato di causa.

Ma quando contra il fideiussore convenuto per lo intero, o per una somma maggiore della quota, sia stata profferita una sentenza che ha acquistato forza di cosa giudicata, egli non può più

opporre il beneficio di divisione, attesochè essendo personalmente condannato a pagare tale somma, deve ubbidire alla condanna. In fatto non appartiene al giudice il riformare o il modificare la sua sentenza, eccetto in grado di opposizione, o di opposizione di terzo, o dietro ricorso per ritrattazione; e le cause di queste riforme di sentenza non potrebbero evidentemente risultare dall' attuale deduzione del beneficio di divisione.

Ma se il fideiussore pervenisse a far riformare la sentenza per una delle cause autorizzate dalla legge, avrebbe allora dritto di opporre tal beneficio, giacchè una sentenza riformata si considera che non più esista. Il fideiussore può anche opporre la divisione in grado di appello, e conchiudervi sussidiariamente.

E se si proceda con atti stragiudiziali contra un dato fideiussore, perchè si fosse egli obbligato con atto in forma esecutiva, questo fideiussore può opporre la divisione anche fino alla vendita de' suoi beni esclusivamente; ma dopo la vendita non lo può più, perchè ciò sarebbe un assoggettare il creditore a lungherie non utili al presente pel fideiussore medesimo.

Il fideiussore che invoca il beneficio di divisione non è obbligato di anticipare al creditore le spese necessarie per procedere contra gli altri fideiussori, come vi è tenuto il fideiussore il quale invoca il beneficio di escussione del debitore: nulla di somigliante vien richiesto per lo esercizio del beneficio di divisione.

SEZIONE II.

Degli effetti della fideiussione fra il debitore ed il fideiussore.

SOMMARIO.

349. *Regresso del fideiussore che abbia pagato il debito; senso della voce* pagato.

350. *Latitudine del regresso.*

351. *Continuazione.*

352. *Continuazione.*

353. *Il fideiussore che ha pagato il debito è legalmente surrogato ai dritti del creditore contro il debitore.*

354. *Effetto della surrogazione nel caso in cui vi fossero molti debitori solidali, per tutti i quali il fideiussore si era renduto garante.*

355. *E nel caso in cui non avesse prestato sicurtà che per uno o molti soltanto.*

356. *Perchè il fideiussore che ha pagato il debito abbia il suo regresso contra il debitore, è d' uopo che lo abbia fatto utilmente per quest' ultimo: continuazione.*

357. *Continuazione.*

358. *Diversi casi in cui il fideiussore può agire contra il debitore principale anche prima di aver pagato il debito; testo dell' art. 2032 c. c.*

359. *Spiegazione del senso delle parole* per esser fatto indenne da lui, *usate in questo articolo.*

360. *In che consiste il dritto di agire che ha il fideiussore anche prima di aver pagato il debito, quando il debitore sia fallito o decotto.*

361. *Suo dritto e sue obbligazioni se il debitore fallito abbia fatto un accordo coi suoi creditori.*

362. *Il fideiussore non è privato del beneficio della dilazione per effetto del fallimento del debitore principale.*

363. *Obbligazione del debitore quando siasi obbligato di liberare il fideiussore dalla sicurtà in un tempo determinato che è già trascorso.*

364. *Spiegazione dell' ultimo caso mentovato nell' art. 2032 c. c.*

349. Il fideiussore il quale ha pagato il debito, ha il regresso contro il debitore principale, comunque la fideiussione siasi data o colla intelligenza, o senza, del debitore; art. 2028 c. c. = *1900 ll. cc.*

Nel primo caso, e come più innanzi il dicemmo, egli lo ha giusta le regole del mandato: nel secondo caso, giusta quelle della semplice amministrazione de' negozî altrui senza mandato.

E qui la parola *pagato* s' intende *lato sensu*; in modo che è lo stesso se il fideiussore abbia estinto il debito per via di compensazione, o se abbia dato qualche cosa in vece di ciocchè era dovuto, abbia procurato in somma la liberazione al debitore: talmente che se ciò fosse per una semplice remissione fatta al fideiussore e per sua personale considerazione, il dritto sarebbe lo stesso; avrebbe dritto al regresso contro il debitore come se realmente avesse pagato il debito. Imperocchè avendolo liberato, deve importargli poco che ciò sia avvenuto mediante pagamento o in altro modo: l' essenziale è che egli non possa esser più molestato.

Ma il fideiussore il quale ha pagato prima del tempo non può sempre agire contro il debitore se non alla scadenza del termine, ammenochè non ne fosse costui privato per effetto del suo fallimento o della sua decozione; imperocchè non dipende dal fideiussore il privarnelo; mercè un pagamento anticipato.

350. Questo regresso ha luogo tanto per lo capitale, che per gl' interessi e per le spese: non-

dimeno il fideiussore non ha regresso circa alle spese da lui fatte sè non per quelle fatte dopo che ha denunziato al debitor principale la lite promossa contro di se (*ibid.*); perchè sarebbe egli in colpa se non avesse denunziato questa lite: forse avrebbe il debitore pagato o avrebbe cercato di accordarsi col creditore, ed avrebbe in tal modo prevenuto le spese ulteriori. Non dovevasi permettere che una persona fosse rovinata di spese fatte a sua insaputa.

Siccome però il fideiussore non poteva denunziare la domanda formata contro di sè prima che esistesse, il debitore dovrebbe senza alcun dubbio rimborsargli le spese, al pari che il garante deve pagare al garantito le spese della domanda principale, e quelle fatte posteriormente alla denunzia di questa domanda al garante. Avverrebbe così delle spese di precetto, nel caso in cui il creditore fosse possessore di un titolo in forma esecutiva, ed anche di quelle di pignoramento sopra mobili, attesochè potendo farsi il pignoramento un giorno dopo il precetto preventivo, il fideiussore non ha avuto tempo bastante per fare la denunzia al debitore.

Il fideiussore avrebbe ugualmente il regresso contra il debitore per le spese fatte dal creditore contro costui, e che egli sia stato obbligato a pagare, in conformità dell' art. 2016 c. c. = *1888 ll. cc.* Laonde non avrebbe dovuto dirsi nel nostro art. 2028 c. c. = *1900 ll. cc.*: « Nulladimeno il fide-

« iussore non ha regresso *che* per le spese da lui
« fatte dopo che ha denunziato al debitore princi-
« pale la lite promossa contro di sè » ; ma : *Egli non ha regresso circa alle spese da lui fatte*, *se non per quelle fatte dopo*, *ec.*

351. Il fideiussore ha pure il regresso, se vi è luogo, pe' danni ed interessi; *ibid.*

Per esempio, se abbia sofferto l'arresto personale, se i suoi beni sieno stati venduti, se sia stato obbligato a fare qualche sacrifizio a fin di procurarsi la somma necessaria per pagare il creditore, egli può e deve ottenere i danni ed interessi, di cui i tribunali valuteranno la somma in ragione del danno sofferto; imperocchè essendo in generale la fideiussione un contratto di beneficenza tra il debitore ed il fideiussore, non sarebbe giusto che costui soffrisse un danno per effetto dell' inadempimento dell' obbligazione principale.

Delvincourt da ciò conchiudeva che nel caso in cui la fideiussione fosse a titolo oneroso, non più sussistendo tal motivo, l'art. 1153 c. c. = *1107 ll. cc.* sarebbe applicabile, e per conseguenza che il fideiussore non potrebbe domandare se non l' interesse legale, e non altri danni ed interessi. Ma il nostro articolo non fa alcuna distinzione, ed a creder nostro non doveva farne, attesochè anche pagando un prezzo per la fideiussione, il debitore si obbligava sempre ad adempiere alla sua obbligazione verso il creditore, ed a prevenire con ciò il danno sofferto dal fideiussore : or per questo danno

appunto il fideiussore domanda una indennità. E si osservi che in parecchi casi il danno potrebbe sorpassare di molto il prezzo della fideiussione.

352. Il fideiussore ha dritto puranche, *ipso iure*, agl' interessi delle somme da lui pagate (1). Ciò non può formar dubbio nel caso in cui la fideiussione sia stata prestata a premura del debitore, poichè allora è un mandato, e secondo l' art. 2001 c. c. = *1873 ll. cc.*, l'interesse delle somme anticipate dal mandatario gli è dovuto dal giorno in cui si verifica di essersi fatto il pagamento; e secondo la nostra opinione, debbesi dir lo stesso anche pel caso in cui la fideiussione sia stata data all' insaputa del debitore; imperocchè il fideiussore che di proprio moto ha voluto rendere un servigio al debitore, merita altrettanto favore che quello il quale ha prestato la fideiussione a sua dimanda.

E nelle somme pagate dal fideiussiore noi comprendiamo gl' interessi ch' egli ha pagato per la liberazione del debitore; gl' interessi gli son dunque dovuti anche di pieno dritto, senza che il debitore possa dire che si eserciti a suo riguardo un anatocismo, giacchè vi è anatocismo sol nel caso in cui sono esatti gl'interessi d'interessi dalla medesima

---

(1) Pothier, trattato *delle Obbligazioni*, n.° 439, è però di contrario parere; egli non fa decorrere gl' interessi che dal giorno della domanda. Ma Rousseau de la Combe, voce *Fideiussore*, sez. 6, n.° 9, è della nostra opinione, e cita una decisione del 22 luglio 1682 la quale giudicò uniformemente a tal parere, ch' è pur quello di Delvicourt.

persona alla quale era dovuto l'interesse primitivo; or gl' interessi pagati da un fideiussore formano per lui un capitale; e fu così risguardato, e con ragione, dai compilatori del Codice nell' art. 1155 c. c. = *1108 ll. cc.*

353. Il fideiussore che ha pagato il debito subentra in tutte le ragioni che avea il creditore contra il debitore (art. 2029 c. c. = *1901 ll. cc.*); e ciò, come lo dicemmo più innanzi, tanto che la fideiussione sia stata data per ordine o anche semplicemente colla saputa di quest' ultimo, quanto che sia stata data a sua insaputa.

Questa surrogazione legale, che è soprattutto di gran vantaggio pel fideiussore allorchè il creditore avesse un privilegio o una ipoteca sui beni del debitore, questa surrogazione, diciamo, rese superflua quella che il fideiussore nel dritto romano e nella nostra antica giurisprudenza francese era in uso di domandare al creditore, e che si effettuava mediante una cessione di dritti ed azioni di quest' ultimo nel tempo del pagamento. Ma dopo il pagamento questa cessione non poteva più farsi, per la semplicissima ragione che il creditore soddisfatto non potea più cedere cosa alcuna. Tuttavia se pagando, il fideiussore si avesse riservato la cessione, non solo il creditore poteva ancor farla, ma la doveva. *V.* su questi punti le ll. 36, ff. *de Fideiuss. et Mandat.*, e 76, ff. *Solutionib.*

Il creditore che agiva per esser pagato contra il fideiussore, poteva essere costretto a cedergli le sue

azioni contro il debitore e gli altri confideiussori; altrimenti poteva difendersi coll'eccezione detta *cedendarum actionum*; l. 17, ff. *de Fideiuss. et Mandat.*

Il Dritto attuale è infinitamente più semplice, e la giurisprudenza deve questo importante miglioramento alle osservazioni di Molineo nelle celebri lezioni da lui dettate in Dôle (1).

354. Poichè il fideiussore che ha pagato il debito vien surrogato di dritto all' azione del creditore, da ciò segue che quando vi sono molti debitori principali solidali di un medesimo debito, la persona che si è costituita fideiussore per tutti ha contra ciascuno di essi il regresso per domandare quanto fu da essa pagato (art. 2030 c. c. = *1902 ll. cc.*), nonchè pel risarcimento de' danni di cui si è parlato.

Mentrechè se i diversi debitori obbligati congiuntamente per lo stesso debito, lo fossero senza solidalità, nè legale nè convenzionale, al fideiussore che abbia pagato tutto il debito, non competerebbe alcun regresso contra ciascun di essi se non per la sua porzione, ancorchè si avesse fatto surrogare convenzionalmente dal creditore; attesochè anche costui non avrebbe potuto domandare a ciascun debitore che la sua parte nel debito; il fideiussore semplicemente surrogato ai suoi dritti non può dunque averne maggiori.

---

(1) *V.* quanto fu da noi detto a tal riguardo nel tomo XII, n.° 147.

355. Se la persona la quale ha pagato il debito non si costituì fideiussore che per uno o più debitori solidali, avrebbe azione per lo intero contro quelli pei quali si fosse renduto garante; e contra gli altri avrebbe soltanto un' azione divisa, in proporzione della lor parte rispettiva nel debito, ed in ragione altresì della parte ch' essi dovrebbero sopportare nella perdita risultante dalle insolvibilità del tale o tal altro de' condebitori, in conformità degli art. 1213 e 1214 c. c. = *1166 e 1167 ll. cc.*; giacchè è surrogata ai dritti de' debitori da essa garentiti: or costoro, se avessero essi medesimi pagato il debito, avrebbero avuto contra i loro condebitori un simile regresso.

Ma se si fosse fatto surrogare convenzionalmente ai dritti del creditore pagandolo, le competerebbe un regresso per lo intero contra ciascun debitore solidale, poichè se un terzo avesse pagato il debito con surrogazione, gli spetterebbe un simile regresso (1).

356. Affinchè competa al fideiussore il suo regresso contra il debitore o i condebitori, non basta tuttavolta che abbia pagato il debito; è d' uopo ancora che lo abbia fatto utilmente per essi: per conseguenza se dopo aver pagato, non avertì il debitore, e costui ignorando il pagamento, pagò anche egli, o al creditore in mala fede, o ad un mandatario di quest' ultimo, il quale ignorava

---

(1) *V.* su l' uno e l' altro punto, tomo XII, n.° 170.

il pagamento fatto dal fideiussore, non gli spetta alcun regresso contro il debitore; ma soltanto un' azione di ripetizione contra il creditore; art. 2031 c. c. = *1903 ll. cc.* In fatti il fideiussore è in colpa per non aver prevenuto il debitore.

Ove vi fosse controversia sul punto se il fideiussore l'abbia prevenuto, spetterebbe a lui il provare tal fatto, perchè non è presumibile che il debitore abbia voluto nuocere al fideiussore, pagando egli stesso di nuovo il debito. Ma tal fatto potrebbe essere dimostrato con tutti i mezzi di dritto, anche colla sola pruova testimoniale, giacchè non è questo che un semplice fatto. Il Codice non richiede che il fideiussore faccia una legale notificazione al debitore; richiede soltanto che l' avverta del pagamento da lui fatto.

557. E se al contrario il debito fosse stato pagato dal debitore, senz' avvertire il fideiussore, il quale ignorando il pagamento, l' abbia pagato nuovamente, e senza essere convenuto in giudizio, a questo fideiussore neanche competerebbe regresso alcuno contro di lui, ai termini della seconda disposizione dell' art. 2031 c. c. = *1903 ll. cc.*, che dice: « Quando il fideiussore abbia pagato senza « essere convenuto, e senz' aver avvertito il debi- « tor principale, non avrà alcun regresso contro di « costui, nel caso che nel tempo del pagamento « il debitore avesse avuto de' mezzi per far dichia- « rare estinto il debito: salvo la sua azione contra « il creditore per la ripetizione. » Or il debitore

il quale aveva già pagato aveva certamente un mezzo da far dichiarare estinto il debito, e se il fideiussore prima di pagare, lo avesse avvertito del pagamento che si proponeva di eseguire, il debitore gli avrebbe fatto conoscere la sua liberazione, ed avrebbe in tal modo preveduto il secondo pagamento: egli dunque è in colpa.

Non è tuttavolta necessario perchè possa applicarsi questa disposizione, che vi concorrano queste due circostanze espresse: che non vi sia alcuna lite intrapresa contro il fideiussore e che costui non ne dia avviso; altrimenti da ciò risulterebbe che il fideiussore il quale avesse pagato per effetto di procedure contro di lui promosse, avrebbe il suo regresso contro il debitore, sebbene costui al tempo del pagamento avesse mezzi da far dichiarare estinto il debito, e sebbene non lo avesse avvertito, cioè nella specie sebbene non gli avesse denunziato la lite contro di lui promossa e non lo avesse chiamato in garantia; or ciò sarebbe contrario a tutte le regole, ed evidentemente all'art. 1640 c. c. = *1486 ll. cc.* Convien dunque intendere l'art. 2031 c. c. = *1903 ll. cc.* come se avesse detto: quando il fideiussore avrà pagato senza essere convenuto, e senza avere avvertito il debitor principale, o quando essendo convenuto abbia pagato senz'avvertirlo, non ha alcun regresso contro di costui nel caso che nel tempo del pagamento il debitore aveva de' mezzi per far dichiarare estinto il debito: per esempio, il mez-

zo di prescrizione (1), una remissione a lui fatta, un pagamento, una compensazione effettuatasi tra lui ed il creditore, la perdita avvenuta per caso fortuito della cosa ch'era dovuta, ec. Ma non potrebbonsi allegare dal creditore mezzi che eran personali al fideiussore, e che costui non ha curato di eccepire, per esempio il suo stato di donna maritata non autorizzata allorchè si costituì fideiussore. Nettampoco potrebbe il debitore, almeno generalmente, opporre semplici nullità di procedura che avrebbe potuto allegare il fideiussore, nè eccezioni dilatorie, nè finalmente eccezioni d' incompetenza da lui trascurate.

358. Il fideiussore può procedere contro il debitore non solamente dopo di aver pagato il debito, ma anche in taluni casi prima di aver pagato. Questi casi sono spiegati nell' art. 2032 c. c. = *1904 ll. cc.* così conceputo:

« Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può « agire contra il debitore *per esser fatto indenne* « *da lui*, nei cinque casi seguenti:

« 1.° Quando è convenuto giudizialmente per lo « pagamento;

« 2.° Quando il debitore è fallito, o sia in istato « to di prossima decozione;

« 3.° Quando il debitore siasi obbligato di liberarlo « rarlo dalla sicurtà in un tempo determinato;

---

(1) Imperocchè il fideiussore non ha dritto di rinunziarvi; spetta a lui chiamare il debitore per vedere se gli convenga o pur no opporlo.

« 4.° Quando il debito sia divenuto esigibile,
« per essere scaduto il termine convenuto pel pa-
« gamento;

« 5.° Al termine di anni dieci, quando l' ob-
« bligazione principale non abbia un termine fisso
« per la scadenza; purchè l' obbligazione princi-
« pale non fosse di tal natura da non potersi e-
« stinguere prima di un tempo determinato, come
« accade riguardo alla tutela. »

359. Ma come intendesi qui che il fideiussore, anche prima di avere pagato, può agire *per esser fatto indenne?* Non possiamo immaginare che due modi di farlo indenne e porlo al sicuro da qualunque danno: cioè la liberazione dalla sua fideiussione, o la condanna del debitore ad una somma uguale al debito; ma ciò non va esente da qualche difficoltà nella esecuzione.

Così, nel primo caso preveduto dal nostro articolo il fideiussore convenuto per lo pagamento dal creditore ha incontrastabilmente il dritto di chiamare in garantia il debitore, perchè costui lo liberi dalla sicurtà, o pagando il debito, o devenendo ad accordi col creditore; ma se il fideiussore non sia nel caso di poter invocare il beneficio di escussione, il creditore non arresterà perciò il suo giudizio contra di lui, qualora non sia pagato, ed egli verrà condannato nel suo personal nome come fideiussore. In virtù di questo inevitabile risultamento il fideiussore adunque domanda da sua parte la condanna del debitore a suo fovore per una somma

corrispondente al debito, alle spese fatte dopo la chiamata in garantia ed all'importare dell'atto della domanda principale; ma il debitore oppone che egli non deve due volte la somma, e che vi sarebbe pericolo per lui a condannarlo puramente e semplicemente verso il fideiussore a pagargliene il valore, poichè questo fideiussore, non ostante la condanna che il creditore è per far pronunziare contro di lui, potrebbe benissimo non pagare, nel qual caso il creditore, il quale lo ha sempre per obbligato, non mancherebbe di procedere contro di esso; in modo che si troverebbe esposto a pagar due volte. Pothier così si esprime su questo primo caso del nostro art. 2032, nel n.° 442 del suo *Trattato delle Obbligazioni*:

« Secondo la nostra pratica francese, il fideius-
« sore non è obbligato, per poter procedere contro
« al debitore, di attendere che sia stato condannato.
« Subitochè è convenuto dal debitore, può citare
« il debitore principale come suo garante, perchè
« sia tenuto a liberarnelo. Anzi egli deve farlo,
« al che non adempiendo il creditore non è tenuto
« a rimborsare il fideiussore delle spese fatte pri-
« ma che sia stato chiamato in causa, ma soltanto
« dell' importo della dimanda principale, e delle
« spese fatte dopo che sia stato messo in causa. »

Ben si scorge che Pothier si spiega soltanto sul dritto incontrastabile che ha il fideiussore in questo caso di chiamare in garentia il debitore, perchè lo liberi dalla sicurtà, e non sulla condanna che può

contro di lui domandare il fideiussore a fin *di essere da lui fatto indenne*, se non potette liberarnelo, ed evitare così di essere egli stesso condannato verso il creditore. In quanto a noi, crediamo che la condanna domandata dal fideiussore debba pronunziarsi, ma a condizione che depositi la somma per pagarla al creditore ed ottenere con tal mezzo la sua liberazione. In questo modo rimangon salvi i dritti di tutti. I compilatori del Codice non vollero che il fideiussore, sotto pretesto *dell' indennità* che potrebbe essergli dovuta, avesse dritto di costringere il debitore a pagargli il debito, prima di averlo liberato; essi non intesero che costui potrebbe essere esposto a pagare due volte; or ciò evidentemente accadrebbe, se il fideiussore dopo di aver ricevuto dal debitore l'importare della condanna contro di lui ottenuta, non pagasse il creditore. L' *idennità* deve intendersi, come altronde benissimo lo spiega l' art. 2039 c. c. = *1911 ll. cc.*, nel senso che il fideiussore può convenire il debitore per obbligarlo al pagamento del debito. Non potettesi ragionevolmente voler dir altro.

360. Sul secondo caso, quello in cui il debitore sia fallito o in istato di prossima decozione, Pothier, nel medesimo luogo, ove esamina la legge 10 Codice *Mandati*, dice: « Il secondo caso in cui il « fideiussore può agire contra il debitore prima di « aver pagato, è quando costui sia decotto, *neque « postea bona sua dilapidare comprobare possis:* « in tal caso il fideiussore, sebbene non abbia an-

« cor pagato, può pegnorare i beni del debitore
« principale, affinchè si possa sopra di essi caute-
« lare del pagamento. »

Ma dal dritto che ha il fideiussore di agire contra il debitore fallito o in istato di decozione, anche prima di aver pagato il debito, segue forse che abbia quello di presentarsi nelle distribuzioni di somme fatte contra il debitore in concorrenza col creditore?

È chiaro primieramente che non può egli prendervi cosa alcuna in danno di quest' ultimo; per cui la quistione non può elevarsi a suo riguardo, ma riguardo agli altri creditori.

Supponghiamo una persona debitrice di 40,000 fr. compresovi il debito per cui si è data la fideiussione, il quale è di 10,000 fr. Essa possiede soltanto 20,000 fr. di beni, e per maggior semplicità nella specie, non vi sieno nè privilegi nè ipoteche, o quelli che vi erano sieno stati cancellati per effetto di pagamento, e rimangano sempre 20,000 fr. da distribuirsi per contributo. Se il fideiussore e il creditore potessero concorrere nelle distribuzioni di somme, si troverebbe di esservi 50,000 fr. di debiti, in vece di 40,000 soltanto che ve ne sono in realtà; il fideiussore del pari che il creditore avrebbero un quinto della somma da dividersi di 20,000 fr. o 4,000 fr.; il creditore si prenderebbe al tempo medesimo questi 4,000 fr. dalle mani del fideiussore, suo debitore, ed in tal modo avrebbe 8,000 fr., o i due quinti della comune di-

videnda, mentrechè non deve averne che il quarto o 5,000 fr. soltanto; ed il fideiussore, che nulla ancora ha pagato, ricevendo così 4,000 fr. sarebbe liberato di altrettanto verso il creditore come se lo avesse pagato di proprio danaro. In somma lo stesso credito figurerebbe doppiamente nelle distribuzioni fatte contra il debitore, e ciò in opposizione a tutte le regole ed al semplice buon senso.

Il creditore certamente sebbene garantito da una fideiussione, ha il dritto di figurare per lo intero suo credito nelle distribuzioni fatte contra il debitore fallito o in istato di decozione, e se abbia già ricevuto qualche cosa dal fideiussore, per lo intero di ciocchè rimane creditore: è questa la espressa disposizione dell' art. 538 c. com. = *530 ll. ecc. com.* Ma almeno, a tenore di questo articolo, il fideiussore stesso non può figurarvi che per ciocchè ha pagato in soddisfazione del debitore, affinchè il medesimo credito non figuri per doppio titolo nelle distribuzioni fatte contro colui che lo deve. Il debitore in fatti non lo deve due volte. L' azione per indennità che ha il fideiussore contro di lui, prima anche di aver pagato, s' intende, come lo abbiam detto, di un' azione per ottenere la sua liberazione, o, se non possa pervenirvi, di un'azione per ottenere condanna, ma una condanna che esso dovrà eseguir solamente quando lo avrà liberato verso il creditore. Che se questo fideiussore paghi il debito, allora egli prenderà il luogo di questo ultimo nelle distribuzioni, ed in tal modo gli al-

tri creditori non dovranno soffrire una concorrenza che sarebbe ad essi assai dannosa.

Un tal modo di agire sarebbe ordinariamente l'effetto di una connivenza tra il creditore ed il fideiussore, ma questa connivenza non deve nuocere agli altri creditori del debitore. Se nella specie il fideiussore avesse pagato il debito, a lui non ispetterebbero che 5,000 fr. della somma da dividersi in comune, e perderebbe così 5,000 fr., salvi i suoi dritti contra il debitore, nel caso in cui questi acquistasse altri beni. Al contrario non avendo pagato il debito, e volendo non per tanto concorrere nelle distribuzioni col creditore, procurerebbe un vantaggio a quest' ultimo, il quale avrebbe i due quinti della dividenda comune, o 8,000 fr., in vece che senza la concorrenza del fideiussore non avrebbe avuto che il quarto, o 5,000 fr. soltanto; e ne procurerebbe un altro a sè stesso considerevolissimo, poichè non dovrebbe più pagargli che 2,000 fr., mentrechè se non fosse concorso, gliene dovrebbe pagare ancora 5,000. Or deve forse dipender da lui il far variare in tal modo i dritti degli altri creditori? No certamente. La nostra disposizione è desunta dalla legge 10 Cod. *Mandati vel contra*, la quale permetteva effettivamente al fideiussore di agire contra il debitore medesimo prima di aver pagato il debito, allorchè quest' ultimo era divenuto decotto; ma la concorrenza di cui si tratta non potea risultare da questa legge; non doveva temersi, giacchè il creditore non po-

teva allora agire contra il debitore ed il fideiussore; aveva soltanto la scelta di agire contro l' uno o contro l' altro; in modo che se avesse convenuto e fatto condannare il debitore, essendo il fideiussore liberato con una specie di novazione che risultava dalla contestazione delle lite operata tra lui e il debitore, questo fideiussore non doveva intervenire nelle distribuzioni di somme che si facevano di poi contro quest' ultimo; e se il creditore avesse proceduto contro di lui e fattolo condannare, siccome il debitore per effetto del medesimo principio era liberato, il creditore neanche avea dritto d' intervenire nelle distribuzioni fatte contro di lui. Ma precisamente siccome il creditore, in caso di decozione del debitore, si sarebbe al certo diretto contra il fideiussore piuttosto che contra di lui, era sembrato giusto di accordare a costui, in pericolo di perdere il valore di quanto dovesse pagare pel debitore, il dritto di agire contra di lui anche prima di aver pagato, per salvare quel che potrebbe concorrendo cogli altri creditori di questo medesimo debitore, nelle distribuzioni di somme fatte contra quest' ultimo, e per lo stesso oggetto, se fosse necessario, di ottener anche condanna contro di lui: or egli lo può ugualmente nel nostro dritto, ma non coll'effetto, contrario ai veri principî, di potersi far rimborsare del debito prima di averlo esso medesimo pagato, e per conseguenza di poter concorrere col creditore non pagato nelle distribuzioni di somme fatte contra il debitore; questa pretensione che noi abbiam vedu-

to nondimeno elevare, ci sembra non potersi sostenere.

Ciò viene benissimo spiegato da Pardessus nel suo *Corso di Dritto commerciale*, tomo IV, n. 1214 e seguenti. Ei suppone dapprima il caso di un debito contratto da molti solidalmente, uno de' quali fallisca. « Il creditore, egli dice, può presentarsi « nella massa di ciascuno de' condebitori falliti, « tanto allorchè il condebitore non fallito non gli « abbia pagato cosa alcuna, quanto allorchè gli « abbia pagato soltanto un acconto. Se il credi- « tore non abbia ricevuto cosa alcuna dagli al- « tri condebitori, e si presenti nella massa di uno « tra essi fallito, gli altri condebitori non possono « esservi anch' eglino ammessi, sotto pretesto che « il fallimento potrà, per effetto delle distribuzio- « ni, non pagare al creditore una somma uguale « alla porzione virile del fallito, e che per conse- « guenza essi hanno un giusto timore di essere ob- « bligati a completarla, ciocchè loro darebbe un'a- « zione di garantia per tal compimento. Se la loro « dimanda fosse accolta, *il fallimento ammette- « rebbe due volte lo stesso credito*. Soltanto allor- « chè il creditore non si presenti, l' interesse dei « condebitori che quest' ultimo conservi i suoi drit- « ti, o gli eserciti in suo luogo e vece, giustifica « la loro presentazione, ed essi debbono essere am- « messi, *salvo ad escluderli, qualora il creditore « si presentasse egli stesso.*

« Allorchè un condebitore abbia pagato al cre-

« ditore un acconto maggiore della sua porzione,
« può presentarsi nel fallimento del suo condebito-
« re. Ma questo solo fatto non basta perchè sia am-
« messo; ed anche quando lo fosse, non se ne do-
« vrebbe conchiudere che sempre egli potrebbe do-
« mandare una quota nella dividenda per ciocchè
« avesse pagato in discarico del fallito. Se il cre-
« ditore, che noi supponghiamo essersi anche pre-
« sentato, *prende la intera quota della dividenda*
« *che si spetta al credito, il condebitore non vi*
« *ha più dritti.* »

Passando al caso di fideiussione, che deve evidentemente risolversi colle medesime regole, Pardessus continua e dice nel n.° 1216: « L' oggetto della
« fideiussione è, come si è veduto nel n.° 583, di
« assicurare al creditore l' intero pagamento di cioc-
« chè gli è dovuto. Non permettendo il fallimento
« del debitore che il creditore sia soddisfatto dalla
« massa, egli ha il dritto al tempo della scaden-
« za di dirigersi contra il fideiussore, come fu da
« noi detto nel n.° 1129. Se il fideiussore paga il
« creditore, può, uniformemente alle regole della
« surrogazione domandare nel fallimento la dividen-
« da che produrrà il credito principale, e per con-
« seguenza presentarsi alla verifica dei crediti per
« essere ammesso. Egli lo potrebbe puranche prima
« di aver pagato alcuna cosa, *nel caso in cui il*
« *creditore non si presentasse*, poichè egli vi ha
« interesse, *salvo il dritto della massa di esclu-*
« *derlo, se il creditore si presentasse di poi;*

« *giacchè diversamente vi sarebbe doppio impiego.* »

Questi principî, ripetiamolo, ci sembrano incontrastabili; e soltanto mediante sofismi potrebbesi cercare di oscurarli.

361. Nel caso in cui il debitore fallito abbia fatto un accordo coi suoi creditori, non avvi dubbio, se il fideiussore si trovasse di aver pagato il debito innanzi a questa convenzione, o prima o dopo del fallimento: egli prende il luogo del creditore, sperimenta i suoi dritti, e sopporta la sua parte nelle rimessioni che si fanno al debitore. Ma non è perfettamente lo stesso se il creditore non sia stato pagato dal fideiussore.

Primieramente è d' uopo osservare che la circostanza che il suo credito è garantito da una fideiussione, non gli toglie, come se fosse un pegno o un'ipoteca (art. 520 c. com. = *512 ll. ecc. com.*), la voce deliberativa negli accordi, e se tal convenzione non dia che il 50 per 100, per esempio, il creditore non può più, egli è vero, convenire il debitore per la parte rimessa, ma ha ancor sempre il dritto di agire contra il fideiussore per lo intero credito, finchè gli rimane dovuto, anche quando non avesse fatto riserve a tal riguardo nella convenzione conchiusa col debitore; imperocchè questa remissione non è una remissione volontaria, la quale avrebbe giovato anche al fideiussore, se ve ne fosse stata, ma una remissione forzosa, fatta al debitore in considerazione della sua posizione, e per ricuperare quanto più era possibile del credi-

to; ed altronde si domanda un fideiussore appunto colla mira che il debitore fosse o divenisse insolvibile (1). Neanche avvi dubbio a tal riguardo; avvene soltanto sul punto se avendo di poi il fideiussore pagato l'intero credito, o soltanto la parte rimessa coll'accordo al debitore, abbia egli nel primo caso il suo regresso per lo intero contra il debitore, e nel secondo, per ciocchè pagò.

Per l'affermativa puossi dire che il fideiussore non dev' esser legato da una convenzione a cui non intervenne, e che avendo pagato ciocchè il debitore gli avea dato incarico di pagare, nel caso in cui non lo pagasse egli stesso, è giusto che ne sia rimborsato.

Ma in favor del creditore si dice, e con ragione, che la sua posizione non dev' esser differente da ciocchè sarebbe stata se il fideiussore avesse pagato il debito prima o anche dopo del fallimento, ma prima dell' accordo: or se il fideiussore avesse pagato prima dell' accordo, avrebbe preso il luogo del creditore, e non avrebbe ricevuto al par di lui che il 50 per 100, per ragione della posizione del debitore; e dipendeva unicamente da lui di figurare nell' accordo, pagando il debito.

---

(1) *V.* nel tomo XII n.° 376, e specialmente 377, riguardo al caso in cui l'accordo siasi fatto tra un individuo non negoziante e i suoi creditori: le rimessioni che gli son fatte giovano ai suoi fideiussori, perchè sono *volontarie;* e giovano altresì ai condebitori solidali, eccetto se il creditore abbia riservato i suoi dritti contra costoro, nel qual caso non può anche da essi domandare il debito, che dedôtta la parte di colui al quale ha fatto la rimessione, e quella che avrebbe dovuto sopportare nella insolvibilità di qualche suo condebitore.

Se fosse diversamente, il debitore per rispetto a questo debito non godrebbe del beneficio di cui fu giudicato degno in considerazione delle sue sventure e della sua posizione; ciocchè non dev' essere. Il fideiussore che ha pagato tutto il debito non può dunque domandargli se non ciocchè il creditore si ha riservato il dritto, mediante l'accordo, di potergli domandare egli stesso, cioè nella specie il 50 per 100. E se avendo il debitore pagato il 50 per 100 che si è obbligato pagare, il fideiussore abbia pagato gli altri 50, egli non ha azione contra di esso; non può domandargli il 25, traendo argomento dall' accordo, giacchè in tal modo il debitore si troverebbe di pagare il 75 per 100 per questo debito, mentrechè rispetto a tutti gli altri debiti che egli aveva allora è stato stimato degno di una rimessione del 50 per 100. *V.* del resto su tal punto quanto fu da noi detto nel tomo XII n.° 378, trattando della rimessione del debito, ove riferiamo un arresto di cassazione del 22 marzo 1814, il quale giudicò in conformità di questi principî, riformando una decisione della Corte di Brusselles, che se n' era allontanata.

362. È necessario del resto osservare che il debitore principale è privato del beneficio del termine per effetto del suo fallimento (art. 1188 c. c. = *1141 ll. cc.*), e per effetto della sua decozione, come fu da noi spiegato sopra questo articolo; ma il fideiussore non n' è per ciò privato; imperocchè nulla impedisce che un fideiussore abbia un termi-

ne il quale non fosse stato accordato al debitore principale, o ne abbia uno più lungo di quello che fu accordato a quest' ultimo; per conseguenza nulla si oppone ch' egli conservi quello di cui il debitore si è privato da sè stesso. *V.* puranche su tal punto ciò che fu da noi detto nel tomo XI, n.° 120.

Tuttavolta se la fideiussione sia per un effetto di commercio, allora si applica l' art. 448 c. com. = *440 ll. ecc. com.* il quale dice: « L' apertura del « fallimento rende esigibile i debiti passivi non isca- « duti: per riguardo agli effetti di commercio, pei « quali il fallito si troverà esser uno degli obbliga- « ti, gli altri obbligati non saranno tenuti se non « a dar cauzione sul pagamento alla scadenza, se non « vogliano piuttosto adempirvi immediatamente. » Quindi in queste specie di effetti, coloro che han per essi prestata la loro fideiussione, mediante avallo o altrimenti, sono almeno tenuti di somministrare essi medesimi cauzione del pagamento alla scadenza, se non vogliano piuttosto pagare immediatamente: così richiedeva la sicurezza del commercio.

363. Il terzo caso in cui il fideiussore può procedere contra il debitore prima di aver pagato il debito, è quello in cui quest' ultimo siasi obbligato di liberarlo dalla sicurtà in un tempo determinato, il quale si trova ora decorso. In questo caso il fideiussore può conchiudere contra di lui che gli

procuri la liberazione, o che gli somministri una somma bastante per pagare il debito, o almeno che questa somma sia posta in deposito dal debitore finchè il fideiussore, facendola ricevere dal creditore, gli esibisca la sua quietanza, ed egli stesso sia in tal modo esonerato dalla sua fideiussione.

La stessa risoluzione si applica al quarto caso, quello in cui il debito sia divenuto esigibile per effetto della scadenza del termine sotto il quale fu contratto.

364. Ma il quinto presenta maggior dubbio. « Al termine di dieci anni, quando l' obbligazio-
« ne principale non abbia un termine fisso per la
« scadenza; purchè l' obbligazione principale *non*
« *fosse* di tal natura da non potersi estinguere pri-
« ma di un tempo determinato, come accade ri-
« guardo alla tutela (1). »

In fatti il modo come è dettata questa disposizione non fa chiaramente comprendere lo spirito della legge, essendovi una negativa di più, la parola *non*, e che cangia il senso grammaticale della frase. Si volle dire: il fideiussore può domandare la sua liberazione dal debitore al termine di dieci anni, quando l' obbligazione principale non abbia un termine fisso per la scadenza; purchè quest'obbligazione principale non fosse di tal natura da

---

(1) Non vedesi tuttavolta che il Codice supponga che un tutore possa essere astretto a dare malleveria, come si praticava nel Dritto romano, ciocchè probabilmente offrì agli autori questo esempio, di cui si valsero i compilatori del Codice.

potersi estinguere prima di un tempo determinato, come accade riguardo alla tutela; imperocchè una tutela è soggetta a terminare in un certo tempo, ed il fideiussore, rendendosene garante, ben dovette misurare la durata possibile della sua obbligazione. In vece di ciò il nostro articolo vieta al fideiussore di domandare la sua liberazione, anche al termine di dieci anni dopo la fideiussione, allorchè l' obbligazione principale *non fosse* di natura tale da non potersi estinguere prima di un tempo determinato, giacchè tal' è il senso grammaticale della sua ultima parte; purchè *l' obbligazione principale non fosse di natura tale da non potersi estinguere prima di un tempo determinato.* Or una rendita costituita in perpetuo non è di tal natura da non poter essere estinta prima di un tempo determinato, tranne col rimborso del capitale, ciocchè è una cosa accidentale, che non provviene dalla natura dell' obbligazione, ma dalla volontà del debitore; ed in questo caso di rendita, precisamente il fideiussore può domandare la sua liberazione al termine di dieci anni. Tutti gli autori ne convengono, ed è questo ancora particolarmente il caso che si ebbe in mira nella prima parte della disposizione; è quello da essi addotto in esempio per sostenere che il fideiussore possa domandare la sua liberazione al termine di dieci anni dalla sua obbligazione. Adunque perchè questa medesima disposizione abbia un senso ragionevole, convien sopprimere la negativa espressa colla voce *non*, e di-

re: purchè l' obbligazione principale non fosse di tal natura da potersi estinguere prima di un tempo determinato, come accade riguardo alla tutela, nel qual caso il fideiussore, sebbene fossero decorsi dieci anni dalla sua obbligazione, non potrebbe nondimeno domandare dal debitore che costui lo liberasse dalla sicurtà.

Ciò non è tutto: ai termini della prima parte della disposizione, il fideiussore per regola ha il dritto di domandare la sua liberazione al termine di dieci anni, allorchè l' obbligazione principale non abbia un termine fisso per la scadenza: or nel caso della fideiussione di una rendita vitalizia, di un dritto di usufrutto, o della fideiussione data da un marito per sicurezza della restituzione della dote della moglie, non puossi dire che l' obbligazione principale ha un termine *fisso* per la scadenza, poichè non si sa fino a quando durerà la rendita vitalizia o l' usufrutto, quando si scioglierà il matrimonio; e nonpertanto nelle antiche regole era generalmente inconcusso che il fideiussore in questi medesimi casi non può domandare dal debitore la sua liberazione al termine di dieci anni, attesochè, dicevano Molineo, Pothier e i nostri altri buoni autori, il fideiussore il quale si è reso garante di simili obbligazioni ha evidentemente inteso di garantirle per tutta la loro durata perchè non ha limitato quella della sua, e ben sapeva ch'esse potrebbero durare più di dieci anni; che questo obbligo del debitore di procurare la liberazione

al fideiussore al termine di dieci anni, e per conseguenza di somministrare un altro fideiussore, cagionerebbe un gran disturbo nei dritti del marito, dell' usufruttuario, o del debitore della rendita vitalizia, allorchè costoro non potessero trovare un altro fideiussore avente tutte le qualità richieste; lo che avverrebbe frequentemente.

Laonde Delvincourt, attenendosi agli sviluppamenti dati da Pothier su tal punto, non si arrestò alla compilazione di quest' ultima parte del nostro art. 2032 c. c. = *1904 ll. cc.*; egli dice: « Finalmen-
« te, al termine di dieci anni, allorchè l'obbliga-
« zione principale non abbia un termine per la
« scadenza. Sarebbe diversamente se fosse di natu-
« ra tale da estinguersi ad un' epoca qualunque,
« o determinata come una tutela (1), o indeter-
« minata come una rendita vitalizia, quando anche
« quest'epoca si prolungasse al di là di dieci anni. »

Tal' è, crediamo, il vero senso della nostra disposizione. Come mai in fatti il debitore di una rendita vitalizia potrebbe liberare il fideiussore dalla sicurtà, mentre non può offrire il rimborso del capitale (art. 1979 c. c. = *1851 ll. cc.*)? In vece che il debitore di una rendita costituita in perpetuo può benissimo rimborsarla, e liberare così il suo fideiussore.

---

(1) La quale in verità finisce ordinariamente alla età maggiore del minore; ma quella di un interdetto, allorchè vien esercitata dal coniuge o da un ascendente, non finisce e non può finire ad un'epoca determinata.

*

SEZIONE III.

Dell' effetto della fideiussione fra' confideiussori.

SOMMARIO

365. *Dritto romano riguardante il regresso del fideiussore, il quale aveva pagato il debito, contra i suoi confideiussori.*
366. *Testo dell' art. 2033 c. c. su tal punto, e sviluppamenti.*
367. *Continuazione.*
368. *Continuazione.*
369. *Casi in cui i diversi fideiussori, uno de' quali ha pagato il debito, non abbiano tutti garantito i medesimi debitori solidali.*
370. *Caso nel quale il debito sia stato pagato da un certificatore di fideiussione.*

365. Secondo il dritto romano, quello tra i fideiussori che aveva pagato il debito non aveva in proprio nome azione contra gli altri, perchè, si diceva, egli aveva fatto il suo interesse, e costoro non erano obbligati verso di lui. Perchè potesse avere un regresso contro di essi, sarebbe stato d'uopo che il creditore al tempo del pagamento (1) gli avesse ceduto le sue azioni, nel qual caso costui era considerato come se gliele avesse in qualche modo vendute; l. 36, ff. *de fideiuss.*

Ma il fideiussore convenuto dal creditore poteva tuttavolta difendersi colla eccezione *cedendarum actionum*, se pur non voleva, sull'offerta del pagamento, cedergli le sue azioni; l. 17, *eod. tit.*

(1) Imperocchè posteriormente non avrebbe potuto cedere più cosa alcuna; l. 76, ff. *de Solut.*

Ciocchè noi chiamiamo *surrogazione legale* non avea luogo adunque a vantaggio del fideiussore contra i suoi confideiussori.

366. È questo ancora uno de' punti sopra i quali Molineo fece le sue luminose osservazioni, ed i compilatori del Codice ammisero, come egli voleva, che quello tra i fideiussori il quale pagasse il debito, o che ne pagasse oltre la sua porzione, o perchè abbia rinunziato al beneficio di divisione nel contratto, o perchè non voglia opporlà, avrebbe di pieno dritto il suo regresso contra gli altri, per farne ad essi sopportare la loro porzione.

« Quando, dice l'art. 2033 c. c. = *1905 ll. cc.*,
« più persone abbiano fatto sicurtà per uno stesso
« debitore e per un medesimo debito, il fideius-
« sore che avrà pagato il debito, ha il regresso
« contra gli altri mallevadori per la loro rispetti-
« va porzione.

« Tal regresso però non ha luogo, se non quan-
« do il fideiussore abbia pagato in uno de' casi
« enunciati nell' articolo precedente. »

I casi dell' articolo precedente in cui puossi supporre che un fideiussore abbia pagato il debito, sono il primo, il secondo e il quarto, cioè quello in cui il fideiussore fosse convenuto in giudizio per lo pagamento, quello in cui il debitore sia fallito o decotto, e finalmente quello in cui il debito sia divenuto esigibile per la scadenza del termine sotto il quale era stato contratto; imperocchè nel terzo il fideiussore lungi di pagare il debito, procede contra

il debitore perchè costui lo liberi dalla sicurtà, e lo stesso è nel quinto.

E non anche in tutti i casi in cui il fideiussore abbia pagato il debito alla scadenza del termine, questo fideiussore avrebbe dritto a sperimentare il suo regresso contra i suoi confideiussori; egli lo potrebbe sol quando lo potrebbe esercitare contra il debitore medesimo: or vedemmo che secondo l'art. 2031 c. c. = *1903 ll. cc.*, egli non ha alcun regresso contrà il debitore il quale ha pagato di nuovo il debito, allorchè non l'abbia avvertito del pagamento da lui fatto, nè allorchè pagando senza essere convenuto e senza aver avvertito il debitore principale, costui giustifichi che all' epoca del pagamento egli aveva mezzi per far dichiarare estinto il debito; salvo al fideiussore in questi casi la sua azione per ripetizione contra il creditore. E ciocchè noi qui diciamo del fideiussore il quale abbia pagato alla scadenza del termine, senza essere convenuto in giudizio, si applica ugualmente al fideiussore il quale pagasse in seguito di atti giudiziarî, se pagasse senza denunziare questi atti al debitore, senza chiamarlo in garantia, nel caso in cui questi aveva mezzi per far dichiarare estinto il debito: egli neppure avrebbe alcun regresso contra i suoi confideiussori.

367. Finalmente dal nostro art. 2033 c. c. = *1905 ll. cc.* risulta ancora che se il fideiussore abbia pagato *prima che il debito fosse esigibile*, non ha personalmente verun regresso contra i suoi con-

fideiussori: quando anche il debitore non avesse pagato posteriormente, e non avesse avuto, o al tempo del pagamento, o alla scadenza del termine, mezzi da far dichiarare estinto il debito; imperocchè questo fideiussore non potrebbe dire che abbia pagato in uno de' casi preveduti dall' art. 2032 c. c. = *1904 ll. cc.* Quindi i confideiussori potrebbero opporgli non solo un ritardo nell' esercizio del regresso, e fino alla scadenza del termine del debito, ma anche la mancanza di regresso. Puossi giustificare tal risultamento del nostro articolo, dicendo che se il fideiussore non si fosse dato la premura di pagare, il debitore lo avrebbe forse fatto egli stesso alla scadenza, e se così si fosse praticato, i confideiussori sarebbero stati liberati.

Se il fideiussore però pagando il debito prima della scadenza, si fosse fatto surrogare convenzionalmente dal creditore, sarebbe difficile negargli il regresso contra i suoi confideiussori, sotto pretesto che non abbia pagato in uno de' casi espressi nell' art. 2032 di sopra citato; imperocchè se un terzo avesse pagato il debito prima della scadenza, e con surrogazione ai dritti del creditore, avrebbe avuto certamente azione contra di essi, come se avesse pagato alla scadenza; soltanto per agire sarebbe stato egli obbligato di attendere che decorresse il termine, ugualmente che sarà tenuto a farlo il fideiussore. Or il fideiussore surrogato convenzionalmente deve avere sotto tal riguardo il dritto che avrebbe un terzo surrogato.

568. Diciamo *sotto tal riguardo*, perchè in fatti non sotto tutti i riguardi dovrebbesi assimilare ad un terzo il quale avesse pagato il debito con surrogazione, il fideiussore che l' abbia pagato anche con surrogazione convenzionale. Il primo ha l'azione per lo intero contra ciascun fideiussore, salvo a quello che fosse convenuto, di opporre il beneficio di divisione, se non vi avesse rinunziato; ed anche opponendolo, dovrebbe sopportare la sua parte della perdita risultante dalla insolvibilità di un confideiussore, esistente al tempo in cui si effettuasse la divisione, e il terzo non sopporterebbe cosa alcuna. Mentrechè il fideiussore il quale abbia pagato il debito non può convenire ciascuno degli altri fideiussori se non per la sua porzione, e per quella ch' egli dovesse sopportare nella insolvibilità di uno di essi, se un di essi fosse insolvibile, ed il fideiussore sopporterebbe altresì la sua, per argomento dell' art. 1214 c. c. = *1167 ll. cc.*, ancorchè si avesse fatto surrogare espressamente dal creditore. Ciò fu da noi già detto parlando della solidalità, nel tomo XI, n. 243 e 244, e particolarmente dimostrato trattando della surrogazione, tomo XII, num. 167 e 170.

569. Fin qui ragionammo nella ipotesi di confideiussori propriamente detti, cioè come lo suppone l' art. 2033 c. c. = *1905 ll. cc.*, di persone le quali tutte abbiano fatto sicurtà per lo stesso debito e per lo stesso debitore; ma può accadere che in un debito solidale ciascun debitore princi-

pale dia un fideiussore particolare, il quale si renda garante egli solo, e non gli altri: allora la circostanza che quello il quale ha pagato il debito si avesse fatto espressamente surrogare dal creditore, non sarebbe senza qualche importanza.

In fatti se il fideiussore il quale ha pagato non siasi fatto espressamente surrogare dal creditore, ha azione per lo intero contra il debitore pel quale ha prestato fideiussione e che ha liberato, ma non ha in proprio nome alcun regresso contra il debitore pel quale non si rese garante, nè per conseguenza contra il fideiussore di costui: ha soltanto contro di essi l' azione del debitore pel quale si era reso garante; ma sperimenta tuttavolta quest' azione come surrogato ai suoi dritti. Per esempio, tre persone si sono obbligate solidalmente a pagare tre mila franchi, e ciascuna di esse ha dato un fideiussore il quale si è reso garante egli solo, o con l' atto medesimo, o con atti separati. Il fideiussore di una di esse paga il debito: egli vien surrogato per lo intero contra il debitore pel quale si rese garante, ciò non occorre dirsi (art. 1251 — 3.° 2028 c. c. = *1204 e 1900 ll. cc.*); ma non può procedere contra ciascuno de' due altri condebitori in virtù della surrogazione legale, se non per mille franchi soltanto, o pel terzo del debito, poichè il debitore da lui garantito sarebbe obbligato, se avesse pagato egli stesso, di dividere tra essi la sua azione di regresso; art. 1213 c. c. = *1166 ll. cc.* Ma potendo questo debitore agire secondo tale mi-

sura contra ciascuno degli altri due condebitori principali, e contra i loro fideiussori rispettivi, quello che ha pagato il debito lo può similmente, come surrogato ai suoi dritti.

Rispetto ai fideiussori tra loro, il risultamento sarà lo stesso che se tutti e tre si fossero renduti garanti per tre debitori principali; imperocchè supponendo ancora che uno di questi ultimi fosse insolvibile, del pari che il suo fideiussore, la sua quota nel debito dovendo sopportarsi dagli altri due condebitori (art. 1214 c. c. = *1167 ll. cc.*), il fideiussore di uno di questi debitori il quale ha pagato il debito, non potrebbe procedere contra colui pel quale non fece sicurtà, se non per la metà soltanto, o 1500 fr., e per conseguenza contra il di lui fideiussore per la medesima somma, ma potrebbe convenirli secondo questa misura. E se anche il fideiussore dell' insolvibile fosse insolvibile, il regresso di quello che ha pagato il debito, rispetto agli altri fideiussori, si dividerebbe per la parte di ciascun di essi, perchè questo fideiussore sperimenterebbe contra il fideiussore del debitore insolvibile l' azione del debitore da lui liberato; e sarebbe egli astretto a fare tale divisione; non potrebbe egli domandare 1,500 fr. all'altro fideiussore sotto pretesto che colui pel quale questa persona prestò la sua fideiussione deve sopportare questa quota del debito, per motivo della insolvibilità di uno de' condebitori; imperocchè la solvibilità del fideiussore del debitore insolvibile rende senza ef-

fetto, circa alla divisione del debito, la insolvibilità di questo debitore. Or tuttociò avrebbe ugualmente luogo se i fideiussori in vece di rendersi risponsabili individualmente pei debitori principali, gli avessero tutti collettivamente garantiti.

Che se il fideiussore il quale non abbia garantito se non uno de' debitori solidali siasi fatto surrogare convenzionalmente dal creditore, ha come surrogato di costui contra ciascun debitore principale e contra i loro rispettivi fideiussori, azione per lo intero, meno la parte del debitore da lui garantito e la parte ch'egli dovrebbe sopportare nella insolvibilità di uno de'condebitori. Non gli era infatti vietato di farsi convenzionalmente surrogare, ed il creditore poteva accordare a lui la surrogazione del pari che ad una terza persona.

370. Se il debito sia stato pagato da un certificatore di fideiussione, egli è surrogato non solo contra il debitore, ma anche contra il fideiussore da lui certificato. E se vi fossero molti debitori principali e solidali, tutti garantiti dal fideiussore che ha dato il certificatore di fideiussione, costui, che noi supponghiamo di aver pagato il debito, avrebbe il suo regresso per lo intero contra ciascuno di questi condebitori del pari che contra il loro fideiussore. Ma se nella specie il fideiussore non si fosse reso garante che per uno o più de' debitori principali, il certificatore di fideiussione avrebbe il suo regresso per lo intero contra ciascuno de' debitori garantiti, del pari che contra il loro fideiussore;

ma contra gli altri non avrebbe azione che per la parte di ciascun di essi nel debito, non che per la porzione che essi dovrebbero sopportare nella perdita risultante dalla insolvibilità di qualcuno de' debitori principali; e la medesima azione potrebbe intentarsi contra i loro fideiussori, se ne avessero dati anch' essi.

CAPITOLO III.

Della estinzione della fideiussione.

SOMMARIO.

371. *L' obbligazione risultante dalla fideiussione si estingue per le stesse cause per le quali si estinguono le altre obbligazioni.*

372. *La perdita della cosa determinata dovuta dal debitore, ed avvenuta per colpa o dopo la costituzione in mora di costui, non libera il fideiussore; ma la perdita avvenuta per opera del fideiussore non impedisce che il debitore sia liberato.*

373. *Effetto della confusione operata nella persona del debitore o del fideiussore, allorchè essi divengano eredi puri e semplici l' un dell' altro.*

374. *La confusione non ha luogo se la eredità sia stata accettata col beneficio dell' inventario.*

375. *Anche nel caso in cui la eredità sia stata accettata puramente e semplicemente, la fideiussione non si reputa estinta mediante la confusione, se per ragione di qualche eccezione personale del debitore fosse essa più vantaggiosa al creditore dell' obbligazione principale medesima.*

376. *La confusione che si è operata e che ha estinto la fideiussione nel caso in cui il debitore sia divenuto l' unico erede del fideiussore, non ha estinta l' ipoteca data dal fideiussore sopra i suoi beni.*

377. *Nel nostro dritto la confusione che si opera nella persona del debitore e del fideiussore, divenendo erede l' uno dell' altro, non estingue l' obbligazione del certificatore di fideiussione.*

371. L' obbligazione che risulta dalla fideiussione, si estingue per le stesse cause per le quali si estinguono le altre obbligazioni (art. 2034 c. c. = *1906 ll. cc.*); salvo l' effetto di una eccezione puramente personale del debitore (art. 2012 c. c. = *1884 ll. cc.*); e tuttociò che ha prodotto l' estinzione dell' obbligazione principale, ha prodotto per la ragion medesima l' estinzione della fideiussione; imperocchè quando non avvi oggetto principale, non avvi più accessorio, e la fideiussione non era che un' obbligazione accessoria. Mentrechè la fideiussione può benissimo estinguersi, senza che cessar debba per ciò di esistere l' obbligazione principale; e questo specialmente avviene quando io garantisca soltanto per un tempo determinato, per esempio per dieci anni, il debitore di una rendita costituita in perpetuo: al termine di questo tempo la mia fideiussione cessa, ma per l' avvenire però, e non per le annualità decorse durante que-

sti dieci anni, se non sieno state pagate; salvo a me il dritto di opporre, se lo creda opportuno, la prescrizione per quelle che fossero maturate da cinque anni compiti al tempo in cui fossi convenuto pel pagamento dal creditore; art. 2277 c. c. = *2183 ll. cc.*

372. Convien osservare che il fideiussore dell'obbligazione di dare una cosa determinata non è liberato colla perdita di questa cosa, sebbene avvenuta senza sua colpa, se sia accaduta per colpa del debitore principale, o dopo che costui fu costituito in mora, eccetto se in quest' ultimo caso la cosa sarebbe ugualmente perita presso il creditore ove gli fosse stata consegnata (art. 1302 c. c. = *1256 ll. cc.*); giacchè il fideiussore è risponsabile dei fatti del debitore, *quia spopondit in totam causam;* LL. 91 § 4, ff. *de verb. oblig.*, e 58 § 1, ff. *de Fideiuss.* In vece che se la cosa sia perita per colpa del fideiussore, il debitore è liberato, come se fosse perita pel fatto di chiunque altro, attesochè non è risponsabile dei fatti del suo fideiussore, come il suo fideiussore è risponsabile de' suoi; L. 88, *de Verb. oblig.*

373. La confusione che si opera nella persona del debitore principale e del suo fideiussore, allorchè divengono eredi l'un dell' altro, non estingue, egli è vero, l' obbligazione principale (art. 1301 c c. = *1255 ll. cc.*), ma estingue generalmente la fideiussione in tutto o parte, secondochè colui ch' è divenuto erede dell' altro, lo sia dive-

nuto per lo intero o per una parte soltanto; imperocchè non è nella natura delle cose che una persona sia fideiussore di se stessa. Or nondimeno ciò accadrebbe nella specie, se la fideiussione fosse estinta; ma al contrario essa è assorbita dall' obbligazione principale, in tutto o in parte, come lo abbiam detto. In modo che se il fideiussore sia succeduto al debitore per metà, a cagion d' esempio, la fideiussione è estinta per metà, e sussiste ancora per l' altra metà del debito, dovuto dall' altro erede. Lo stesso deve dirsi, se al contrario sia il debitore succeduto per metà al fideiussore: il coerede del debitore è ancora tenuto alla fideiussione per l' altra metà del debito.

374. La regola che la fideiussione si estingue colla confusione che si opera nella persona del debitore principale e del suo fideiussore, allorchè divengono eredi l' uno dell' altro, cessa di essere applicabile quando quello de' due che succedette all' altro sia semplicemente erede beneficiato, attesochè uno degli effetti del beneficio dell' inventario è precisamente d' impedire che si operi la confusione; art. 802 c. c.=*719 ll. cc.* Ed è indifferente a tal riguardo che sia il debitore in tal modo succeduto al fideiussore, o che il fideiussore sia succeduto al debitore; in modo che il creditore procederà contra i beni dell' erede cogli altri creditori di costui, e contra i beni del defunto coi creditori di quest' ultimo; salvo ancora a lui il dritto di sperimentare i privilegî e le ipoteche

ch' egli potrebbe avere sopra i beni dell' uno o dell' altro.

375. Dippiù, quando anche la successione sia stata accettata puramente e semplicemente, la fideiussione si reputa non essere estinta colla confusione, se per ragione di qualche eccezione personale al debitore fosse più vantaggiosa pel creditore della stêssa obbligazione principale. Per esempio, se l' obbligazione principale sia stata contratta da un minore o da una donna maritata non autorizzata da suo marito, e la fideiussione sia stata data da una persona capace di obbligarsi, la circostanza che il debitore principale sia divenuto l' erede del fideiussore, o il fideiussore l' erede del debitore, non distrugge i dritti del creditore risultanti dalla fideiussione. Il creditore procedendo *fideiussoria causa* contra la donna o il minore nella loro qualità di erede del fideiussore, o costui, se sia esso succeduto, otterrà il pagamento del suo credito; mentrechè se la fideiussione fosse estinta, siccome il creditore non potrebbe agire che per ragione dell' obbligazione principale, potrebbeglisi opporre la nullità di questa obbligazione, per essere stata contratta da una donna maritata non autorizzata, o da un minore, e ciò sia che egli procedesse contra il fideiussore, divenuto erede della donna maritata o del minore, sia che procedesse contro la donna o il minore, divenuto, l' una o l' altro erede del fideiussore. Ma non dev' essere così: la confusione non deve assorbire la fideiussione, al-

lorchè questa abbia pel creditore effetti più estesi di quelli che avrebbe per lui l'obbligazione principale. Fu ciò da noi già detto trattando della confusione nel tomo XII, n.° 475, ove citiamo la l. 5, pp. ff. *de separationibus*, la quale somministra un argomento a favore di questa opinione. Avremmo potuto ugualmente invocare la l. 21, § 2, *vers. Quod si*, ff. *de Fideiuss. et Mandat.*, ove il giureconsulto Africano suppone che un liberto abbia promesso qualche cosa nel tempo della sua servitù colla fideiussione di un uomo libero, di cui dopo la sua manomissione è divenuto l' erede: il giureconsulto opina che la fideiussione, la quale aveva per oggetto di garentire la esecuzione dell' obbligazione *naturale* dello schiavo, non si è estinta colla confusione, cioè colla circostanza che il debitore sia divenuto l' erede del suo fideiussore. E sostiene lo stesso nel caso in cui sia al contrario il fideiussore divenuto l' erede del liberto, debitore.

Sembra però che i romani giureconsulti opinassero diversamente nel caso in cui l' obbligazione principale era soltanto capace di essere annullata per causa di minore età, *auxilio prætoris;* giacchè Papiniano nella l. 95, § 3, ff. *de solutionibus* dice in questo caso che se gli succeda il fideiussore del minore, o in senso inverso se il minore succeda al suo fideiussore, la confusione ha estinto la fideiussione; e per conseguenza che se il minore sia morto prima di trascorrere il termine accordato per ottenere la restituzione in intero contra la sua ob-

bligazione, il fideiussore divenuto suo erede potrà ottenere il beneficio di questa restituzione, e con tal mezzo liberarsi da ogni azione riguardante siffatta obbligazione.

Ma questa distinzione tra il caso in cui l' obbligazione principale fosse stata contratta con uno schiavo di poi manomesso, ed il caso in cui lo fosse stato con un minore, non poggiava che sopra una sottigliezza; imperocchè, che importa mai che per la prima non vi fosse azione, mentrechè eravene una per la seconda, se mediante il soccorso che il dritto pretoriano accordava al minore, la costui obbligazione rimaneva senza effetto? In ambedue i casi non eravi forse obbligazione naturale? e nell' uno come nell' altro non potevasi forse dire che l' obbligazione pel fideiussore era in qualche modo la medesima obbligazione principale, come la considera Papiniano nel caso del minore? Quindi non dubitiamo che nel nostro dritto non si dovesse escludere questa sottile distinzione, e per conseguenza che si dovesse risolvere, come facevano le leggi romane nel primo caso, che la confusione non estingue l' obbligazione del fideiussore, allorchè questa obbligazione sia più vantaggiosa pel creditore dell' obbligazione principale medesima, come avviene quando il debitore principale sia un minore o una donna maritata non autorizzata, ed il fideiussore sia una persona capace di obbligarsi. L'essere il fideiussore succeduto al debitore principale, non deve arrecare alcun danno al creditore;

or gli si arrecherebbe certamente un danno se in tal caso fosse adottata la opinione di Papiniano, poichè il fideiussore, non potendo esser più convenuto come fideiussore, ed avendo in qualità di erede del minore o della donna maritata l'eccezione di nullità che potevano opporre costoro, egli si troverebbe in ultima analisi, e per un avvenimento del tutto estraneo al creditore, liberato verso costui. *V.* nel nostro senso ciocchè dice Voet *ad pandectas*, tit. *de solutionibus*, n.° 20, *in fine.*

376. Secondo la legge 38, § *ult.* ff. *de solut.*, se il fideiussore il quale ha dato un' ipoteca per sicurezza della sua obbligazione sia morto, istituendo suo erede il debitore, non può veramente costui essere convenuto *ex fideiussoria causa*, come erede del fideiussore; ma l' ipoteca che avea quest'ultimo costituita al creditore sempre sussiste. In fatti la cosa ipotecata è stata soggettata ad un dritto reale, il quale l' ha seguita in qualunque mano è passata, per conseguenza anche in quella del debitore, il quale l' ha trovata nella successione del fideiussore. Si soggiunge che quest'ultimo costituendo un'ipoteca per sicurezza della sua obbligazione, la costituiva per la ragione stessa anche per sicurezza dell' obbligazione del debitor principale. E sarebbe indubitatamente lo stesso nel nostro dritto.

377. Ma questa legge aggiunge che se il fideiussore ha anch' esso dato un fideiussore per sicurezza della sua obbligazione, ciocchè nel nostro dritto chiamiamo, *un certificatore di fideiussione*,

ed abbia, come nel caso precedente, istituito il debitore principale suo erede, l'obbligazione del subfideiussore si estingue colla estinzione di quella del fideiussore diretto, avvenuta mercè la confusione. Ma il Codice civile al contrario dice nell'art. 2035 c. c. = *1907 ll. cc.*, che la confusione la quale viene ad effettuarsi nella persona del debitore principale e del suo fideiussore, quando diventano eredi l'uno dell'altro, non estingue l'azione del suo creditore contra colui che ha dato sicurtà sul fideiussore. E ciò con ragione, perchè rendendosi risponsabile pel fideiussore, il certificatore del fideiussore si rese garante per lo stesso motivo del debitore principale: or l'obbligazione principale non essendo estinta colla confusione effettuatasi nella persona del debitore e del fideiussore, divenendo eredi l'uno dell'altro (art. 1301 c. c. = *1255 ll. cc.*), non si scorge perchè lo sarebbe quella del certificatore del fideiussore. Se avveniva diversamente nel dritto romano, n'era motivo che la fideiussione avea luogo per via di stipulazione, ed in questa materia tutto era di stretto dritto; il subfideiussore erasi obbligato per garantire l'obbligazione del fideiussore diretto: dunque, si diceva, allorchè costui non è più tenuto, nettampoco lo è il suo proprio fideiussore.

378. Se il creditore sia succeduto al fideiussore, non avvi similmente più fideiussione, e per conseguenza il debitore è liberato a tal riguardo. Se il fideiussore però avesse già pagato qualche cosa al

creditore, ciocchè ha estinto di altrettanto il debito, quest' ultimo come erede del fideiussore e per aver trovato altrettanto di meno nella sua successione, avrebbe sotto tal riguardo azione contra il debitore. Egli l' avrebbe ugualmente per le spese che il fideiussore sia stato obbligato a pagare, nonchè pei danni ed interessi che mai gli competessero.

Se al contrario il fideiussore sia succeduto al creditore, la fideiussione si estingue puranche, perchè non può egli agire contra se stesso; ma se abbia pagato qualche cosa pel debitore prima di estinguersi la fideiussione, o sofferto delle spese, egli può sperimentare il suo regresso coll' azione *mandati contraria*, o coll' azione *negotiorum gestorum*, secondo che la fideiussione sia stata prestata oppur no per ordine del debitore, le quali azioni possono in taluni casi essere più vantaggiose di quella risultante dal contratto formato tra quest' ultimo e il creditore.

379. Indipendentemente delle eccezioni che gli fossero personali, come quella risultante dalla sua incapacità allorchè si è obbligato, il fideiussore può opporre contra il creditore tutte le eccezioni che competono al debitore principale, e che sono inerenti al debito.

Ma non può opporre le eccezioni che sono puramente personali al debitore; art. 2036 c. c. = *1908 ll. cc.*

Laonde il fideiussore può produrre tutte le ec-

cezioni che renderebbero nulla l'obbligazione principale, se non sieno puramente personali al debitore. Può per conseguenza opporre la mancanza di causa dell' obbligazione, la causa illecita, l' errore che sia caduto sulla sostanza medesima dell' obbligazione del debitore, la violenza esercitata contro di lui per fargliela sottoscrivere, il dolo praticato contro di lui dall' altro contraente per indurlo ad obbligarsi, le nullità che fossero incorse nell' atto, sia autentico sia in iscrittura privata; ec. ec.; imperocchè tutte queste circostanze dan luogo, o possono dar luogo, all' annullamento dell' obbligazione principale, e ciò appunto chiamasi nel dritto *eccezioni reali*, eccezioni inerenti al debito.

Può egli puranche opporre i fatti e le circostanze che dopo il debito, validamente contratto, ne han prodotto l' estinzione in tutto o in parte: come la prescrizione, una perdita di dritto pronunziata da qualche legge speciale, una sentenza che ha accordato al debitore il congedo dalla domanda prodotta contra di lui dal creditore, la transazione intervenuta fra essi, e per analogia il giuramento deferito dal primo al secondo, e debitamente prestato; una rimessione fatta al debitore dal creditore (fuori il caso di accordo), la compensazione operatasi di pieno dritto fra essi, e di cui l' uno o l' altro non abbia voluto far uso, ec. ec.

Ma non può allegare le eccezioni che le leggi accordano al debitor principale in ragione della sua

persona: come quella di minore età (art. 2012 c. c. = *1884 ll. cc.*), e, secondo lo abbiam detto su questo articolo, quella risultante dall' età della moglie maritata non autorizzata, ed anche quella risultante dall' interdizione.

580. Il fideiussore non può invocare la rimessione fatta al debitore con un accordo propriamente detto, nel caso di fallimento di quest' ultimo, ancorchè il creditore non abbia specialmente riserbato i suoi dritti contro di lui: è questa una eccezione meramente personale al debitore, giacchè la rimessione è stata concessa solo avuto riguardo alla sua posizione personale, e per trarre il miglior partito dal credito.

581. Ma la remissione fatta al debitore, fuori il caso di accordo propriamente detto, giova al fideiussore, ancorchè sia avvenuto in una convenzione conchiusa tra il debitore ed i suoi creditori; giacchè allora è riputata volontaria, atteso che nello stato attuale della legislazione, i soli commercianti falliti hanno dritto di fare co' lor creditori un trattato obbligatorio eziandio per quelli che non vi avessero acconsentito, se la maggioranza, riunente i tre quarti de' crediti debitamente verificati, vi abbia prestato il suo consenso. Or nel caso di remissione volontaria o convenzionale, questa remissione giova al fideiussore; art. 1285 c. c. = *1239 ll. cc.*

E quando anche il debitore, per effetto di nuova convenzione, rinunciasse al beneficio di una

remissione che eragli stata fatta con un primo accomodo conchiuso col creditore, il fideiussore potrebbe pure invocare questa remissione per suo discarico; giacchè non dovette dipendere dal debitore il togliere al fideiussore, di lui malgrado, un mezzo di liberazione che aveva acquistato appunto perchè esso debitore lo avea acquistato. Così espressamente dispone la l. 62, ff. *de Pactis*, conceputa in questi termini: *Si reus, postquam pactus sit* A SE NON PETI PECUNIAM *(ideoque cœpit id pactum fidejussori quoque prodesse)* pactus sit, UT A SE PETI LICEAT: *An utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori, quæsitum est? Sed verius est, semel adquisitam fidejussori pacti exceptionem, ulterius (ei) invito extorqueri non posse.*

Ciò non ostante sembra che Paolo, nella legge 27, § 2 nel medesimo titolo, differisse a tal riguardo dal sentimento di Furio Antiano, autore della legge 62, ma noi non dobbiamo conciliarli: ci basti il dire che quest' ultimo testo è secondo le vere regole.

582. Il fideiussore è liberato allorchè per fatto del creditore non può avere effetto a favore del fideiussore medesimo la surrogazione nelle ragioni, ipoteche e privilegi del creditore; art. 2037 c. c. = *1909 ll. cc.* (1).

(1) Con arresto di cassazione del 10 agosto 1814 (*Sirey*, 1815, 1, 242) fu giudicato che questa disposizione non può essere invocata da chi non siasi obbligato personalmente come fideiussore, ed abbia semplicemente ipotecato i suoi beni per sicurezza dell' obbligazione del debitore; che non gli è permesso di dimandare di essere libe-

I compilatori del Codice ragionarono supponendo che il fideiussore si fosse obbligato in considerazione de' privilegi e delle ipoteche che aveva il creditore, e che dovevano assicurargli il suo regresso.

Nel dritto romano distinguevasi tra il caso in cui la fideiussione era l'effetto di un mandato conferito dal fideiussore al creditore, ed il caso contrario. Nel primo, per esempio, allorchè Tizio avea

—

rato da questa medesima ipoteca, sul fondamento che il creditore più non può, per fatto suo, accordargli verso il debitore una surrogazione sì vantaggiosa come avrebbe potuto farlo.

L'art. 2037 c. c. = *1909 ll. cc.* è mai applicabile al caso in cui il fideiussore sia obbligato solidalmente col debitore? Fu giudicato per la negativa dalla Corte di Rouen nel 7 marzo 1818 (*Sirey*, 1819, 2, 72); ma venne giudicato per l'affermativa, e secondo noi con ragione, dalla Corte di Bordò nel 19 agosto 1832 (*Sirey*, 1823, 2, 134); dalla Corte di Pau nel 3 gennaio 1824 (*Sirey*, 1826, 2, 57); e specialmente in materia di lettere di cambio dalla Corte di Caen nel 18 marzo 1828 (*Sirey*, 1828, 2, 121).

Del resto questo articolo puossi senza alcun dubbio applicare al caso di un debito contratto solidalmente da più debitori principali, nel senso che quello a cui vien dimandato il debito per lo intero, può, circa alle porzioni de' suoi condebitori nel debito, desumere un mezzo d'irrecettibilità ricavato dacchè il creditore col fatto suo lasciò perire le ipoteche o i privilegi che avrebbero assicurato il regresso di questo debitore contra gli altri; ma in quanto alla propria parte nel debito, è chiaro che per dispensarsi dal pagarla non gli è lecito di prevalersi della perdita delle ipoteche che esistevano sui beni de' condebitori. *V.* l'arresto di cassazione del 3 gennaio 1816, il quale risolve in questo senso l'uno e l'altro punto; *Sirey*, 1816, 1, 327. In fatti non si potè pattuire da questo creditore la solidalità se non in considerazione delle cautele date al creditore, e che dovevano procurare al debitore un regresso efficace contra i suoi condebitori, che le avevano somministrate. Da un'altra banda, non può essere riguardato come garante o fideiussore se non per ciò che concerne le parti di costoro nel debito, e non per quel che concerne la sua.

dato mandato a Seio di mutuar danaro a Sempronio Tizio era un vero fideiussore, come lo sarebbe nel nostro dritto, era *mandator pecuniæ credendæ;* e siccome nel mandato il mandatario, che è qui il creditore, per aver l' azione di mandato contra il mandatario, bisogna che abbia eseguito il mandato, se ne desumeva che se per fatto suo o per sua negligenza avesse lasciato perire le sue ipoteche, poteva essere rigettata la sua azione contra il mandante o il fideiussore. Così dichiara Papiniano nella legge 95, § 11, ff. *de solut.*

Ma nel secondo caso, per esempio allorchè Tizio erasi reso mallevadore per Sempronio in un mutuo fattogli da Seio, perchè potesse ammettersi l' azione di costui contra Tizio, fideiussore, era egli in obbligo, per motivo di equità, di cedergli le sue azioni contra Sempronio (1); ma non era obbligato di cedergliele se non come le aveva allora, ed in conseguenza se non possedeva più alcuna ipoteca, qualunque ne fosse la causa, il fideiussore non poteva trarre da tale circostanza un mezzo di irrecettibilità per eliminar la dimanda contro di lui intentata.

Seguivasi in generale questa dottrina nella nostra antica giurisprudenza: Pothier in ispecie, *Trattato delle Obbligazioni*, n.° 557, l' aveva abbracciata, modificandola però in quanto che rendeva il creditore risponsabile in faccia al fideiussore, della

---

(1) L. 17, ff. *de Fidejuss. et Mand.*

perdita de' suoi privilegi ed ipoteche quando le avea perdute per un fatto positivo da parte sua; ma non ne lo rendeva risponsabile allorchè fosse stato semplicemente per negligenza, a cagion di esempio per non essere intervenuto sopra un decreto ipotecario. In somma lo rendeva risponsabile della colpa *in committendo, sed non in omittendo.*

Trattando della surrogazione, tomo XII, n.° 171, dimostrammo che i compilatori del Codice, nell' art. 2037 c. c. = *1909 ll. cc.*, erano stati vieppiù di Pothier a pro del fideiussore, e che se in questo articolo parlarono del *fatto* del creditore, non adoperarono questa voce unicamente nel senso di un fatto positivo, come lo intendeva Pothier perchè il creditore fosse risponsabile verso il fideiussore (1). Infatti se il creditore, il quale ricevette una ipoteca dal debitore con l'atto stesso col quale il fideiussore si obbligò, trascuri di prendere iscrizione, non è forse lo stesso pel fideiussore che se, dopo di averla presa, ne avesse liberato il debitore? Il fideiussore, che fidava nella surrogazione all' ipoteca, per esercitare il suo regresso se fosse costretto a pagare il debito, non ha forse il dritto

---

(1) Così giudicò la Corte di Tolosa, con sua decisione del 27 agosto 1829; *Sirey*, 1830, 2, 89. Essa dichiarò che per potersi applicare al creditore l' art. 2037 c. c. = *1909 ll. cc.*, basta che costui abbia lasciato perdere, per negligenza od omissione, i suoi privilegi ed ipoteche.

E con arresto di cassazione del 15 luglio 1827 (*Sirey*, 1828, 1, 17), fu in ispecie giudicato che il creditore è risponsabile verso il fideiussore, quando da una sentenza siasi dichiarato di aver egli perduto il suo privilegio per omissione di formalità conservatorie.

di dolersi nel primo caso del pari che nel secondo? Sicuramente. Tutto ciò che, a parer nostro, può dirsi di più giusto su questo punto, e nel tempo stesso di più uniforme alle regole del Codice (a) intorno alla risponsabilità delle colpe in generale, ed in particolare su quelle del creditore riguardo al fideiussore, si è che il creditore dev'essere risponsabile, se non della colpa lievissima che un padre di famiglia anche diligentissimo avrebbe potuto commettere in simil caso, almeno della colpa di cui ciascuno dev' essere risponsabile nei contratti nei quali l' obbligazione di una delle parti può considerarsi come essendosi contratta sotto la condizione che l' altra desse o facesse la tale cosa, ed in questo caso ciascuna delle parti è risponsabile verso l' altra della colpa lieve. Purtuttavolta non intendiamo dire con ciò che la fideiussione va considerata tra il creditore ed il fideiussore come un contratto interessato da ambe le parti, come un vero contratto sinallagmatico, giacchè in realtà non è tale per natura sua; ma, giusta i principî del Codice, noi la riguardiamo come data sotto la condizione che il creditore conserverà le cautele sulle quali il fideiussore potè fidare obbligan-

(a) In questa conformità fu deciso nella causa tra il *DUCA D. RICCARDO DE SANGRO*, ed i *SIGNORI SPINELLI EREDI DELLA PRINCIPESSA DI CARIATI nel dì 9 settembre 1836 dalla 1.ª Camera della Gran Corte civile di Napoli.* Si osservi Voet *ad pandect.*, tit. *de fideiuss. et nominat. et hered. tutor.* num. 2, ed *ibid.* tit. *de fidejuss. et mandat.* num. 27, 28, 29 e 30, non che Merlin alla parola *solidarietà* nelle *Quistioni di dritto.* TRAD.

dosi; al pari che il debitore d'un corpo determinato, per esempio un venditore, deve conservare la cosa venduta, ed in conseguenza essere risponsabile delle colpe lievi che commettesse nella custodia e vigilanza di questa cosa. Ma similmente che un venditore non sarebbe tenuto di una colpa estremamente lieve, di quella che un ben regolato padre di famiglia avrebbe potuto commettere in simil caso; così il creditore non dev' essere risponsabile verso il fideiussore di una colpa di questa natura, la quale avesse prodotto la perdita o la diminuzione de' suoi privilegi o ipoteche. Le circostanze del fatto potrebbero senza dubbio restringere o estendere le sue obbligazioni a tal riguardo, ma per massima la base che noi loro assegniamo ci sembra la più ragionevole e consona allo spirito dell' art. 2037 c. c. = *1909 ll. cc.*

Stante ciò, se non riguarderemmo come interamente privo di dritto il fideiussore a dolersi della perdita, per colpa del creditore, di una ipoteca che egli avesse acquistata soltanto dopo la fideiussione, atteso che il beneficio di questa ipoteca doveva giovare anche al fideiussore (1), almeno ci sembra che per potersi dare ascolto alla costui dimanda con la quale si duole di siffatta perdita, bisognerebbe che la colpa apposta al creditore fos-

---

(1) In fatti la Corte di Caen con decisione del 18 marzo 1828 (*Sirey*, 1828, 2, 121) giudicò che l' art. 2037 c. c. = *1909 ll. cc.* si applica anche al caso in cui i dritti e le ipoteche siensi acquistate dal creditore dopo la fideiussione.

se più grave di quel che sarebbe necessario che lo fosse se mai l' ipoteca si fosse costituita con l' atto medesimo di fideiussione; giacchè il fideiussore non potrebbe dire in tal caso, che nell' obbligarsi aveva egli fidato in questa ipoteca, come potrebbe dirlo nell' ultima ipotesi.

Vie maggiormente non sarebbe ammesso a dolersi, qualsiasi altronde l' epoca in cui si fosse costituita l' ipoteca, se il creditore non dovesse concorrervi in grado utile; e se dovesse concorrervi per parte soltanto del suo credito, unicamente per questa parte sarebbe inammessibile a convenire in giudizio il fideiussore, anche nel caso in cui dovrebbe essere risponsabile della sua colpa, perchè non fosse una di quelle che si potrebbero chiamare lievissime: nel rimanente, la mia azione contro di lui sarebbe ben fondata (1).

Poichè il creditore non deve diminuire per fatto suo i dritti de' fideiussori, segue da ciò che se abbia accordata remissione ad uno de' confideiussori, vero è che questa remissione non giova agli altri, giusta l' art. 1287 c. c. = *1241 ll. cc.*, ma da un altra banda essa non deve lor nuocere: in conseguenza se fra questi ultimi se ne trovino alcuni insolvibili, la perdita risultante da queste insolvi-

(1) La Corte di cassazione giudicò che il fideiussore poteva invocare il detto art. 2037 nel caso che il creditore, potendo agire contra più detentori di cose ipotecate al suo credito, avesse rinunciato a' suoi dritti contra uno o più di essi; arresto del 23 gennaio 1815 (*Sirey*, 1815, 1, 258).

Ma di poi giudicò per la negativa con arresto del 13 gennaio 1816; Bull., n.° 14.

bilità deve ripartirsi per contributo tra quelli che sono solvibili ed il creditore, il quale prende a tal riguardo il posto del fideiussore da lui liberato; arg. dell'art. 1215 c. c. = *1168 ll. cc.*

383. Quando il creditore accetta volontariamente un immobile o qualunque altra cosa in pagamento del debito principale, il fideiussore resta liberato, ancorchè il creditore ne soffra in seguito l'evizione; art. 2038 c. c. = *1910 ll. cc.* (a).

Ed in fatti il fideiussore dovè credersi liberato, e senza questa *dazione in pagamento*, avrebbe probabilmente costretto il debitore a liberarlo dalla sicurtà al maturo del debito, o ottenuto contro di lui una condanna per indennità, come più sopra abbiamo spiegato.

Circa alla controversia qual sarà l'azione del creditore evinto contro il debitore, se semplicemente l'azione che egli aveva in forza dell'antico contratto, come se non fosse avvenuto il pagamento (art. 1238 c. c. = *1191 ll. cc.*), ovvero se l'azione in garantia come in materia di vendita, crediamo di esser l'ultima; ma per la dimostrazione di esser giusto questo parere e per lo scioglimento delle obbiezioni che vi si possono fare, *vedi* ciò che dicemmo a questo proposito, parlando della *dazione in pagamento*, tomo XII, n.° 81 e seguenti.

(a) Dall'avvicinamento di questo articolo coll'art. 1235 delle stesse leggi civili, si ravvisa che restano liberati anche i condebitori solidali. Lo stesso si dice da *Pothier (Trattato delle obbligazioni n.° 599)* e da *Toullier (Droit civil Français tom. 7 num. 297 e 307)*. Trad.

Il fideiussore è sì liberato nonostante l' evizione che di poi soffra il creditore della cosa datagli in pagamento, ma ciò nella supposizione che l' abbia ricevuta puramente e semplicemente; giacchè se nel riceverla abbia stipulato che il fideiussore aderirebbe all'obbligazione di garantia del debitore, è chiaro che questa dazione in pagamento non lo libererà dalla sua obbligazione primitiva se non quando si sottoporrà alla riserva stipulata dal creditore. L' art. 1281 c. c. = *1235 ll. cc.* dichiara che con la novazione fatta tra 'l creditore ed uno de' debitori solidali, i condebitori restano liberati, che la novazione fatta col debitore principale libera i fideiussori; ma che nondimeno se il creditore esiga nel primo caso l' adesione de'condebitori, o nel secondo quella de' fideiussori ove costoro ricusino di aderire alla nuova convenzione, sussiste l' antico credito. Or nella specie non puossi disconvenire di non essersi operata una sorta di novazione tra il debitore ed il creditore: noi chiaramente lo dimostrammo nel succitato luogo. La liberazione altronde del fideiussore non essendo qui che condizionale, perchè produca essa i suoi effetti deve verificarsi la condizione siccome nei casi di novazione propriamente detta, in quelli preveduti dal cennato art. 1281.

È parer nostro eziandio, abbenchè ciò sia un poco piu dubbioso, che quando anche il creditore, in vece di richiedere l' adesione del fideiussore alla nuova obbligazione del debitore che gli dia

un immobile o altra cosa per pagamento del debito principale, si fosse limitato a riservare (a) tutti i suoi dritti risultanti dal suo credito tanto contra il fideiussore, che contra il debitore, in caso di evizione; è parer nostro, diciamo, che questa riserva, quantunque fatta non presente il fideiussore, debba produrre i suoi effetti, ove competa: salvo al fideiussore, se ciò non gli convenga, a dimandare la sua liberazione al debitore, al maturo del debito, uniformemente all' art. 2032 c. c. = *1904 ll. cc.*; giacchè non si dovrebbero scindere, contra il creditore, le clausole dell'atto di dazione in pagamento. Ma qualora siasi limitato a riservare i dritti risultanti dal suo credito primitivo contro il debitore soltanto, e vie più se abbia accettato puramente e semplicemente la cosa che gli fu data per pagamento in vece di quella dovutagli, il fideiussore è liberato non ostante l'evizione posteriore, giusta il nostro art. 2038, contrario in ciò al parere di Renusson (1) e di parecchi altri autori.

384. La semplice proroga del termine conceduta dal creditore al debitor principale, non libera il fideiussore, il quale può in tal caso agire contra il debitore per costringerlo al pagamento (art. 2039 c. c. = *1911 ll. cc.*), nondimeno quando il debito sia divenuto esigibile per essere scaduto il termine primitivo; art. 2032 c. c. = *1904 ll. cc.*

(a) Si osservi la nota al n.° 317 del dodicesimo volume. Trad.

(1) Trattato *della Surrogazione*, cap. V, n.° 40.

Questa proroga di termine giova, come di ragione, al fideiussore, poichè altrimenti il debitore non ne godrebbe, per effetto del regresso del fideiussore il quale avesse pagato il debito. Altronde il fideiussore gode di tutte le dilazioni accordate al debitore, salvo il caso in cui fossero effetto di un accordo propriamente detto conchiuso col debitore fallito.

CAPITOLO IV.

SOMMARIO

385. *Qualità che deve avere il fideiussore dovuto in virtù della legge o di una sentenza.*

386. *Il mallevadore giudiziario dee in oltre esser tale da potersi personalmente arrestare: in qual senso ciò vada inteso.*

387. *Colui che deve malleveria viene ammesso a dare in vece un pegno.*

388. *Il fideiussore giudiziario non può invocare il beneficio di escussione.*

389. *Colui che si è renduto garante soltanto del fideiussore giudiziario neanche può domandarla sì riguardo al debitor principale, che riguardo al fideiussore.*

390. *Formalità da osservarsi per presentare il fideiussore giudiziario.*

385. Qualora una persona venga obbligata dalla legge o dal giudice a dare una fideiussione, il fideiussore offerto deve adempiere alle condizioni prescritte dagli art. 2018 e 2019 c. c. = *1890 e 1891 ll. cc.* (art. 2040 c. c. = *1912 ll. cc.*), cioè che dev' essere capace di obbligarsi, possedere beni suf-

ficienti a garentire l' obbligazione, ed avere il suo domicilio nella giurisdizione della Corte reale in cui dev' esser data: e la sua solvibilità stimasi avuto riguardo ai suoi beni stabiliti, eccetto in materia di commercio, e quando il debito sia lieve. Non si ha riguardo agl' immobili litigiosi, o la cui escussione divenisse troppo difficile stante la lontananza.

386. Dippiù, se si tratta di una sicurtà giudiziaria, il mallevadore dee in oltre esser tale da potersi personalmente arrestare; *ibid.*

Nondimeno ciò è vero sol nei casi in cui la somma ascendesse almeno a tre cento franchi; art. 2065 c. c. = *1933 ll. cc.* « Vi vogliono legami « più tenaci, diceva l' oratore del Consiglio di Sta- « to, per assicurar l' adempimento delle obbliga- « zioni che si contraggono per organo della giu- « stizia. »

Nulla ostante non dicesi nel Codice che il fideiussore in questo caso potrà arrestarsi personalmente pel solo fatto della fideiussione; ma vi è detto soltanto che dev' esser tale da potersi personalmente arrestare, locchè è ben diverso, giacchè può darsi che il creditore non richiegga che egli vi si assoggetti: solamente, se lo richiegga e se possa richiederlo, il fideiussore dev' esser tale da poter essere arrestato, e deve sottoporvisi. Ed in fatti molte persone costituendosi fideiussore giudiziario, avrebbero potuto ignorare che si obbligavano personalmente, e non sarebbe stato ragionevole che fos-

sero così divenuto vittime della loro ignoranza, soprattutto in simile materia: bisogna dunque che sieno avvertite.

Diciamo, *e se possa richiederlo*; giacchè se il debito fosse minore di tre cento franchi, non potrebbe egli pretendere dal fideiussore che si assoggetti all' arresto personale, ed il fideiussore stesso non potrebbe sottoporvisi: quando anche l' avesse fatto, non vi sarebbe luogo ad esercitarlo; art. 2065 c. c. = *1933 ll. cc.*

Questo modo d' interpretare l' ultima disposizione del nostro art. 2040 c. c. = *1912 ll. cc.*, sul senso della quale non si è di accordo, ci sembra di essere il vero, ed è confermato dal n.° 5 dell' art. 2060 c. c. = *1934 n.° 6 ll. cc.* (a).

In fatti tale testo è così conceputo: « (l' arre-« sto personale) contro i fideiussori giudiziarî e « contra i fideiussori delle persone che possono es-« sere astrette coll' arresto personale, quando vi si « sieno sottoposte. » Laonde questa condizione, *quando vi si sieno sottoposte*, si applica grammaticalmente a tutto ciò che precede nella frase, ed in conseguenza ai fideiussori giudiziarî non meno che ai fideiussori delle persone che possono es-

—

(a) La diversa compilazione del suddetto art. 1934 n.° 6 delle nostre leggi civili dimostra che i fideiussori giudiziarî sono pel solo fatto dell'assunta fideiussione e per disposizione di legge tenuti coll'arresto personale. Questo principio si è ritenuto dalla Gran Corte civile di Napoli nella causa tra *del Duca* e *de Martino*, decisa nel dì 18 febbraio 1836. Trad.

sere astrette con l' arresto personale. Coloro che si attennero a diversa interpretazione furono obbligati di dire che la virgola messa nel testo dopo le parole *che possono essere astrette con l' arresto personale*, non occupa il suo vero posto, ma debbe mettersi dopo le parole *fideiussori giudiziarî*, lochè significherebbe allora che i fideiussori giudiziarî potrebbero essere astretti personalmente pel solo fatto della loro fideiussione, ma che i fideiussori delle persone le quali possono essere astrette con l'arresto personale lo sarebbero soltanto quando vi si fossero sottoposte. Ma in una materia sì poco degna di favore non lice di cambiare il testo della legge per aggravarne le disposizioni.

Si oppone l' art. 519 c. pr. = *602 ll. pr. civ.*, il quale prescrive: « La parte può prendere co-« municazione in cancelleria de' detti documenti: « e qualora accetti la cauzione offerta, dovrà far-« ne dichiarazione per mezzo di un semplice atto. « In questo caso, come pure in quello in cui la « parte non contraddica nel termine fissato, la per-« sona che si offre a cautelare, dovrà fare nella « cancelleria la propria obbligazione; e questa sen-« za bisogno di alcuna sentenza sarà esecutiva *an-« che per via di arresto personale, quando esso « ha luogo.* » Ma si risponde che queste parole, *anche per via di arresto personale*, non escludono la supposizione che il fideiussore siasi sottoposto all' arresto personale, tanto più che il creditore ha dritto in generale di richiedere questa sottoposizio-

ne, giusta l'art. 2040 c. c. = *1912 ll. cc.* Or in questo caso in fatti non vi è dubbio alcuno. Ma noi ragioniamo nella ipotesi che il fideiussore non siasi espressamente assoggettato all'arresto personale, ed in cui il creditore il quale avrebbe potuto ciò richiedere, non lo abbia richiesto, ed accettò nondimeno il fideiussore; ed in questo caso appunto il detto art. 519 c. pr. non dichiara menomamente che il fideiussore può essere astretto con l'arresto personale; anzi porgerebbe un argomento contrario con queste ultime sue parole: *quando esso ha luogo*: giacchè cosa alcuna non indica di esservi state poste soltanto per prevedere il caso in cui non competesse l'arresto personale perchè la somma non eccedesse tre cento franchi. Si potè del pari aver naturalmente in mira il caso nel quale il creditore non richiedesse che il fideiussore si assoggettasse all'arresto personale, poichè l'art. 2060, n.° 5 c. c. = *1934 n.° 6 ll. cc.*, nella sua dicitura ufficiale, avvertiva che sarebbe d'uopo che il fideiussore si sottoponesse a tale arresto personale perchè si potesse esercitare contro di lui. Altronde non si fece egli abbastanza pel creditore, accordandogli il dritto di richiedere che il fideiussore presentatogli sia tale da poter essere astretto con l'arresto personale, e che costui vi si sottoponga? (1).

387. Colui che è obbligato dalla legge o dal giu-

---

(1) Delvincourt era del parer nostro: egli prendeva anche per fondamento questo art. 519 c. pr. = *602 ll. pr. civ.*

dice a dare una malleveria e non può trovarne, viene ammesso a dare in vece un pegno sufficiente ad assicurare il credito; art. 2041 c. c. = *1913 ll. cc.* (a)

(a) Il consiglier Sollima, nella Camera di grazia e giustizia dello abolito Supremo Consiglio di Cancelleria, sull'articolo 1983 del progetto (corrispondente all' articolo 1913 delle leggi civili) esigeva doversi dichiarare di potersi la fideiussione in mancanza di malleveria dare anche su i proprî beni immobili.

Il consigliere Pasqualini insisteva doversi parlare di quelli che non si obbligano personalmente, ma gravano i loro beni immobili per l' esecuzione di obbligazioni contratte da terze persone.

I consiglieri Magliano ed Abate Sarno osservarono non esservi dubbio che in difetto di una malleveria possano offrirsi in fedeiussione i proprî beni immobili (*) quando questi sieno liberi, ovvero dieno una sufficiente sicurezza per l' iscrizione ipotecaria da prendersi da colui a favore del quale si è ordinata la fideiussione, dando incontrastabilmente maggior sicurezza un bene stabile, che un semplice mobile, che puossi offrire in pegno.

Sulla mozione poi del consigliere Pasqualini risposero gli stessi consiglieri che nè il dritto romano, nè il progetto in discussione trattavano del caso particolare raffigurato dal detto consigliere Pasqualini, entrando quelle obbligazioni ai termini dell' articolo 1100 del detto progetto, che corrisponde all'art. 1061 delle leggi civili, nella classe dei contratti innominati, nei quali bisogna riguardare l' intenzione dei contraenti. Conchiusero che in mancanza di convenzione, che modificasse tale obbligo, si verrebbe in generale a formare un contratto meramente reale sull' immobile, che si soggetta ad ipoteca per garentia dell' obbligazione d' un terzo.

Il reggente principe di Cardito uniformandosi all'opinione dei consiglieri Magliano e Sarno, opinò di non doversi discendere a tali particolarità, lasciandosi le risoluzioni ai Tribunali secondo i principî del dritto.

La detta Camera di grazia e giustizia si uniformò al sentimento dei consiglieri Magliano, Sarno, e reggente principe di Cardito. Trad.

(*) Questi stessi principî si sono ritenuti nella suddetta decisione dei 18 febbraio 1836 della Gran Corte civile di Napoli nella causa tra *del Duca* e *de Martino*. Trad.

388. Il fideiussore giudiziario non può domandare la escussione del debitor principale (a); art. 2042 c. c. = *1914 ll. cc.*

Ma non è negato questo beneficio al fideiussore presentato in virtù della legge, per esempio al fideiussore dato da un usufruttuario.

389. Colui che si è renduto garante soltanto del fideiussore giudiziario, non può dimandare la escussione del debitor principale e del fideiussore; art. 2043 c. c. = *1915 ll. cc.*

390. Circa al modo con cui si dà la sicurtà giudiziaria, è esso regolato dagli art. 519 e seguenti c. pr. = *602 e segu. ll. pr. civ.*

La sentenza che ordina di darsi cauzione deve stabilire un termine nel quale sia quella presentata, ed anche un secondo termine fra il quale o resti accettata, o sia contraddetta; art. 517 c. pr. = *600 ll. pr. civ.*

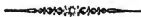
La cauzione dev' essere presentata per mezzo di un atto da notificarsi alla parte, se non abbia patrocinatore, ed al patrocinatore quando essa lo abbia costituito. La notificazione deve contenere la copia dell' atto di deposito fatto in cancelleria dei documenti che provano la idoneità della cauzione, eccettuato il caso in cui la legge non esige che la idoneità sia provata per mezzo di documenti; art. 518 *ibid.* = *601 ibid.*

(a) Perchè simili fideiussioni, come avvertono *Fabro (Cod. lib. 8, tit. 28 defin. 9)* e *Voet (ad Pandect. tit. qui satisd. cogunt. n.° 16)* vengono prescritte acciò i giudizî avessero una pronta esecuzione. Trad.

Si è pocanzi veduto ciò che dispone l' art. 519 *ibid.* = *602 ibid.* circa al prendersi comunicazione de' documenti.

Se la parte fra il termine fissato nella sentenza non accetta la cauzione, si porta l' affare nell' udienza per mezzo di un semplice atto; art. 520 *ibid.* = *603 ibid.*

Le ammissioni di cauzioni vengono giudicate sommariamente senz' altro ricorso o scrittura: la sentenza vien messa in esecuzione, non ostante appello; art. 521 *ibid.* = *604 ibid.*

In fine se la cauzione viene accettata, la persona che si offre per la medesima forma la sua obbligazione, conformemente all' art. 519 = *602;* art. 522 *ibid.* = *605 ibid.*

TITOLO XV.

Delle transazioni.

CAPITOLO PRIMO

Della natura e delle caratteristiche delle transazioni.

SOMMARIO

391. *Definizione della transazione secondo il Codice, ed avvertenze su questa definizione.*

392. *Se mai faccia d' uopo che vi sia sacrificio da una parte e l' altra perchè sussista veramente transazione: confutazione del parere di Domat, il quale confonde le rinunzie alla lite e le acquiescenze con le transazioni.*

393. *Confronti degli atti di conferma con le transazioni.*

394. *Una transazione, al pari di ogni altra convenzione, può farsi sotto condizione.*

391. La transazione, secondo il Codice, è un contratto col quale le parti pongono fine ad una lite già incominciata, o prevengono una lite che sia per nascere (art. 2044 c. c. = *1916 ll. cc.*), locchè suppone, come tra poco lo spiegheremo più estesamente, che essa intervenga in un affare dubbioso tra le parti, *in re dubia* (1).

---

(1) Domat, *delle Leggi civili*, lib. I, tit. XIII, sez. 1.ª, la definisce così: « La transazione è una convenzione tra due o più indi« vidui i quali per prevenire o por termine ad una lite, dirimono « amichevolmente la loro controversia, nel modo tra essi convenu-

Pur tutta volta questa definizione non è perfetta, a parer nostro; giacchè avvi altri modi di prevenire una lite o di por termine ad una esistente, e che nulladimeno non sono transazioni propriamente dette. In fatti la rinuncia che un attore fa alla sua pretensione, alla sua azione, con offerta di pagare tutte le spese erogate sino allora, egli è evidente che pone termine eziandio al giudizio, e ciò non ostante non è essa una vera transazione; per cui non va soggetta all' accettazione del convenuto (1): talmente che le spese dal medesimo fatte dopo la notificazione della rinuncia alla lite, rimarrebbero a suo proprio conto. L' acquiescenza pura e semplice che il convenuto presta alla dimanda formata contro di lui pone termine del pari alla causa, e pure nè tampoco è questa una transazione propriamente detta. Può un tutore, con l' autorizzazione del consiglio di famiglia, aderire a una dimanda formata contro il minore (art. 464 c. c. = *387 ll. cc.*), mentre che non può transigere verbalmente in nome di quest' ultimo se non dopo di esservi anche stato autorizzato dal consiglio di famiglia, o dippiù dal parere di tre giureconsulti,

---

« to, e da ciascun di loro prefertio alla speranza di vincere, unita « al pericolo di perdere ». L. 1, ff. *de Transact.*; l. 2, e l. *ult.* Cod. *eod. tit.*

(1) A differenza della semplice rinuncia alla procedura, la quale ha bisogno di essere accettata dal convenuto, atteso che non impedendo di rinnovar la domanda, può quest' ultimo avere interesse che la lite sia giudicata fin da ora. *V.* gli art. 402 e segu. c. pr. = *495 e segu. ll. pr. civ.*

designati dal procuratore del Re, e la transazione allora è valida quando sia stata omologata dal tribunale di prima istanza, udito il procuratore del Re; art. 467 c. c. = *390 ll. cc.* Gli atti di conferma o di ratifica di obbligazioni contro i quali la legge dava all' obbligato l' azione per nullità o per rescissione hanno anche per effetto di prevenire una lite mediante la rinuncia all'azione di nullità, e nè il Codice, nè la dottrina li confondono con le transazioni. Quindi per compiere la definizione di questa ultima specie di atto, convien dire con le leggi romane e loro interpreti, che la transazione è una convenzione con la quale le parti pongono fine ad una lite già incominciata, o prevengono una lite che sia per nascere, mediante l' abbandono fatto da ciascun contraente di parte delle sue pretensioni, o con la promessa che uno di essi fa all' altro di qualche cosa per avere il dritto intero e da ora in poi incontrastabile: *transactio, nullo dato, vel retento seu promisso, minime procedit;* l. 38, Cod. *de Transact.* Al contrario la rinuncia alla lite, l' acquiescenza e l' atto di conferma di un' obbligazione rescindibile, non suppone in alcun modo questo reciproco sacrificio.

392. Vero è che, secondo Domat, perchè siavi veramente transazione non è necessario che ciascuna parte ceda qualche cosa delle sue pretensioni, o che una di esse dia o prometta qualche cosa all' altra. Egli dice: « Le transazioni prevengono o « pongono fine alle liti in parecchi modi, secon-

« do la natura delle controversie e le differenti con-
« venzioni che vi pongon termine. Così, chi avea
« qualche pretensione, o vi *rinuncia* per via di
« transazione, ovvero ne ottiene una parte, o an-
« che *l'intero*. Così, colui al quale si domanda una
« somma di danaro, o paga, o si obbliga, o vien
« liberato in *tutto* o in parte. Così, chi contrastava
« una garantia, una servitù o qualche altro drit-
« to, o vi si assoggetta, o se ne libera. Così, quei
« che dolevasi di una condanna, o la fa riforma-
« re, o vi *aderisce*. E si transige in fine con quelle
« condizioni che piace di pattuire, secondo le re-
« gole generali delle convenzioni.

« Ciò che dicesi nella legge 38, Cod. *de Tran-*
« *sact.*, di non esservi transazione se nulla si dia
« o si prometta, ovvero se non si ritenga qualche
« cosa, non deve intendersi letteralmente; giacchè
« si può transigere senza dare e senza promettere
« o ritener cosa alcuna. Così, chi fosse convenuto
« come garante di un altro, potrebb' essere libe-
« rato da questa domanda per mezzo di una tran-
« sazione, senza che dall' una o dall' altra parte
« fosse nulla dato, nulla promesso e nulla rite-
« nuto ».

Ma noi non sapremmo scorgere in ciò una vera transazione: sarebbe questa una rinuncia alla lite, e non altro, la quale non avrebbe bisogno del consenso di questa persona, convenuta come mallevadrice; ma basterebbe l'offrirle di rinunciare ad ogni pretensione contro di essa a tal riguardo, e pagare

tutte le spese fatte sino allora, tanto le sue quanto quelle fatte dall' attore.

Stante forse lo stesso errore in cui era inciampato Domat, Bigot-Préameneu diceva innanzi al Corpo legislativo: « Fra tutt' i mezzi onde por fi-
« ne alle controversie che insorgono fra gli uomi-
« ni pei loro svariati e moltiplici rapporti, il più
« felice in ogni suo effetto, è la transazione, quel
« contratto con cui si pone fine alle liti esistenti,
« o si prevengono le liti che sono per nascere. Cia-
« scuna parte spogliasi allora di ogni prevenzione.
« Essa bilancia in buona fede, e col desiderio della
« conciliazione, il vantaggio che risulterebbe da
« una sentenza favorevole, e la perdita che pro-
« durrebbe una condanna: sacrifica parte del van-
« taggio che potrebbe sperare, per non soffrir tutta
« la perdita che può temersi; *e quando anche una*
« *di esse* RINUNCII INTERAMENTE *alla sua pre-*
« *tensione, vi si induce per la viva premura di*
« *ristabilir la concordia, e di garantirsi dalle lun-*
« *gherie, dalle spese e dalle inquietudini di una*
« *lite.* Un dritto dubbioso e la certezza che le parti
« intesero di bilanciare e stabilire i loro interessi,
« ecco le caratteristiche che distinguono e costitui-
« scono la natura di questo contratto. Non vi sa-
« rebbe transazione se essa non avesse per iscopo
« un dritto dubbioso. Dando il nome di transazio-
« ne ad atti di diversa natura, o anche ad atti vie-
« tati, si cercò spesso di attribuire ad essi forza
« ed irrevocabilità; ma sarà sempre facile ai giu-

« dici il verificare se l'oggetto dell' atto era capa-
« ce di dubbio. Per tale verificazione non occorre-
« va stabilire una regola generale ».

No, quando una delle parti *rinuncia* interamente alle sue pretensioni, come qui si suppone, non è questa una transazione, ma una *rinuncia alla lite* o un' acquiescenza, a seconda ch' è fatta dall' attore o dal convenuto, ed ecco ogni cosa.

Del resto la quistione presenterà di raro un grave interesse, atteso che generalmente bisognerà che la persona la quale farà l'atto da noi chiamato rinuncia alla lite o acquiescenza, abbia la stessa capacità, le stesse facoltà che vi vorrebbero per fare una transazione propriamente detta: avverrà altrimenti solo in casi poco ovvî; ma questi casi possono presentarsi, ed allora non converrebbe assolutamente giudicare ciò che non altro fosse se non una rinuncia alla lite o un' acquiescenza, in virtù delle regole sulle transazioni, che sono in generale tanti contratti sinallagmatici, mentre che al contrario gli altri sono generalmente atti unilaterali.

393. Ciò non è tutto: il Codice distingue gli atti di conferma dalle transazioni; perlochè tratta degli uni e degli altri in titoli diversi; e purtuttavolta si conferma spesso con transazione un atto soggetto a rescissione, come sovente ancora si fa un atto di conferma coll' intento di prevenire una lite, per mezzo della rinuncia al mezzo di nullità che presentava l' atto confermato, ed in quasi tutti i casi la parte non conferma se non mediante qual-

che cosa che le abbandona il creditore, o col ridurre l' obbligazione primitiva, o col pagare o promettere qualche cosa o qualche somma, o col rinunciare a qualche altro dritto; lochè è puranche una caratteristica comune con quella della transazione (1). Or, giusta l'art. 1338 c. c. = *1292 ll. cc.*, l' atto di conferma per esser valido deve contenere la sostanza dell'obbligazione, il motivo dell' azione di rescissione, e la volontà di correggere il vizio su cui tale azione è fondata; talmente che quando anche la parte obbligata avesse per errore di dritto firmato l' atto di conferma il quale non comprendesse tutte queste condizioni, l'atto sarebbe indubitatamente senza effetto; giacchè l'articolo non distingue in alcun modo. In vece che l' art. 2054 c. c. = *1926 ll. cc.* richiede soltanto, allorchè la transazione sia fatta in esecuzione di un titolo nullo, che le parti abbiano espressamente transatto sulla nullità; e dippiù, come lo dimostreremo in appresso, ancorchè le parti non avessero transatto espressamente sulla nullità del titolo, se quella che poteva invocarla non abbia potuto ignorarla che per errore di dritto, la transazione è valida, giusta l' art. 2052 c. c. = *1924 ll. cc.* Stante ciò, ei si comprende l' importanza che vi ha in ben distinguere atti i quali tanto si somigliano. Se le parti abbiano positivamente dichiarato di fare un atto di conferma, questo atto sarà soggetto alle disposizio-

---

(1) Avemmo già occasione di far osservare ciò trattando degli atti di conferma nel tomo XIII, n.° 270.

ni dell'art. 1338 c. c. = *1292 ll. cc.*, quando anche il creditore per ottenerlo, avesse ceduto parte del dritto che da tale atto gli derivava, o avesse promesso qualche cosa di suo particolare. Al contrario nel caso in cui avranno dichiarato di fare una transazione, converrà attenersi alle regole prescritte per queste specie di atti. In fine se le parole fossero oscure, ed il debitore pretendesse di aver inteso fare un atto di conferma, e ne dimandasse la nullità perchè non fosse stato fatto secondo il voto del cennato art. 1338, crediamo che dovrebbesi in fatti pendere a scorgervi piuttosto un atto di conferma che una transazione, giacchè le formalità prescritte per la prima specie di questi atti proteggono di più i debitori, che sono sempre vie maggiormente degni di favore.

394. Una transazione, al pari di ogni altro contratto, può farsi sotto condizione, sia sospensiva, sia risolutiva; ed allora essa è regolata per tal riguardo da' canoni che esponemmo parlando delle condizioni, nel titolo *de' Contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale*, tomo X.

CAPITOLO II.

Dell' oggetto e della forma delle transazioni.

SOMMARIO

395. *Perchè la transazione abbia le caratteristiche di questa specie di atto, deve intervenire sopra una cosa dubbia, almeno nell' opinione delle parti, o di una di esse: conseguenza.*

396. *È questo un punto da valutarsi da' tribunali.*

397. *Una donazione fatta colla sembianza di una transazione non è purtuttavolta nulla: effetti di tale atto.*

398. *Perchè una transazione sia valida, basta che la parte contraente abbia potuto credere il suo dritto più o meno dubbioso, quantunque non lo fosse in realtà.*

399. *Bisogna che la cosa sia in commercio: niuno adunque può transigere sul suo stato.*

400. *La transazione sopra un delitto non è di ostacolo al procedimento per parte del pubblico ministero; ma si transige validamente sull' interesse civile che risulta da questo delitto.*

401. *Non è valida alcuna transazione in fatto di separazione personale o di beni.*

402. *Nè tampoco è permesso di derogare per mezzo di transazione all' ordine delle giurisdizioni, quando si tratti d' incompetenza per ragion di materia.*

403. *Nè di vantaggio puossi transigere sopra donazioni o legati di alimenti, eccetto in taluni casi ed in virtù di permissione del giudice: Dritto romano a tal riguardo.*

404. Quid *della transazione intervenuta sopra un punto tendente a far annullare un contratto per vizio di usura?*

405. *Specie giudicata dalla Corte di cassazione, la quale convalidò una transazione fatta tra un avvocato e 'l suo cliente.*

406. *La transazione deve farsi in iscritto: in qual senso ciò debbe intendersi.*

395. Perchè siavi in realtà transazione, bisogna, come si è detto più sopra, che essa intervenga sopra un dritto dubbioso, *in re dubia*, almeno nell' opinione delle parti, o di una di esse, come tra poco il diremo; giacchè la transazione, come il Codice la definisce, ha per iscopo di por fine ad una lite già cominciata, o di prevenire una lite che sia per nascere, lochè suppone un oggetto su cui cada controversia, un dritto più o meno dubbioso. Da ciò segue che se la transazione versasse sopra un punto già deciso da sentenza passata in

cosa giudicata, sarebbe nulla, poichè non eravi più materia a litigio. Ma ciò verrà spiegato in appresso con maggiore estensione.

Da ciò sorge ancora che se volendovi far donazione della mia casa, per la quale voi non potete affacciare alcuna pretensione, io ve l'abbia ceduta a titolo di transazione, è chiaro di esser questa una transazione *nomine tenus*, ma in realtà è una donazione.

596. Ma, secondo disse l'oratore del Governo presentando il progetto di legge al Corpo legislativo, siccome non era possibile di stabilire regole precise intorno alla quistione se l'oggetto in cui le parti contrattarono fosse o pur no materia di grave litigio, ogni cosa a tal riguardo dipende dalle circostanze di fatti proprî a ciascuna convenzione: la legge non potè far altro che rimettersi alla coscienza ed alla saviezza de' giudici per risolvere se in tal caso vi fosse materia a controversia circa all' oggetto o al dritto sul quale si devenne a transazione. Qual siasi adunque la loro decisione su questo punto, subitochè hanno essi esaminato i fatti, interpretato gli atti, la loro sentenza ben può essere riformata in grado di appello, come un *mal giudicato*, ma in generale è esente dalla censura della Corte di cassazione, come lo giudicò questa Corte con suo arresto del 7 febbraio 1809 (1).

597. Del resto, siccome, giusta la costante giurisprudenza della medesima Corte, gli atti hanno

---

(1) *Sirey*, 1809, 1, 210.

*

generalmente gli effetti che le parti vollero ad essi attribuire, quando altronde non sieno fatti in contravvenzione a' dettami della legge, convien desumerne la conseguenza che la donazione celata sotto il nome di transazione non sarebbe nulla per inosservanza delle formalità prescritte per gli atti contenenti donazione, purchè colui il quale avesse così ricevuto un beneficio fosse capace di ricevere dal donante; e qualora si ritrovasse eccedenza della disponibile, vi sarebbe soltanto materia ad un' azione di riduzione. Vi sarebbe anche luogo a conferire all' eredità, se la parte vantaggiata divenisse erede, anche beneficiata, di chi avesse procurato il vantaggio, in conformità dell' art. 843 c. c. = *762 ll. cc.* È sì della sostanza di un contratto di vendita l' esservi un prezzo, come è essenziale ad una transazione lo intervenire sopra un dritto dubbioso, e nulladimeno la Corte suprema, secondo lo abbiam spesso detto, ne' titoli *delle Donazioni, de' Contratti e delle obbligazioni convenzionali*, ed in quello *della Vendita*, mantiene come donazione, e nella misura della disponibile, l' atto qualificato vendita, benchè in realtà non siavi stato alcun prezzo; basta che il preteso compratore fosse capace di ricevere dal preteso venditore. Non fece alcuna impressione sull' animo di quella Corte l' obbiezione desunta dacchè l' atto è nullo come donazione per mancanza di forme, e nullo come vendita per mancanza di prezzo: or deve avvenir così del caso in cui l' atto, in vece di essersi qualifi-

cato vendita, sia stato qualificato transazione, poichè la ragione è assolutamente la stessa.

398. Come pocanzi abbiam detto, perchè la transazione sia valida non è di rigore che il dritto fosse realmente incerto per sè stesso; ma basta che la parte la quale si duole ora della transazione abbia potuto per qualche motivo crederlo più o meno dubbioso, e che vi potesse essere litigio intorno ad esso; giacchè colui il quale contratta per acquistare la sua tranquillità, ed evitar così le spese e gl'imbarazzi di un giudizio, non contratta senza causa: il sacrificio che fece a tal uopo non è senza motivo.

399. Perchè vi sia valida transazione, bisogna pure che la cosa su cui si transige si trovi in commercio.

Quindi, siccome a niuno è permesso di disporre del suo stato, di alienarlo, non gli è lecito per lo stesso motivo di disporne per via di transazione. In vano chi era in dritto di presentare un reclamo di stato qual figlio di un tale, vi avrebbe rinunciato con una transazione, intervenuta anche sopra una dimanda già da lui formata a questo riguardo: egli sarebbe sempre facoltato ad intentare o proseguire la sua azione, nè gli si potrebbe opporre la transazione, giacchè risulterebbe nulla.

In conformità di queste regole, la Corte di Rennes con sua decisione del mese di febbraio 1824 (1), giudicò di non potersi opporre ad un individuo atti

---

(1) *Sirey*, 1824, 2, 78.

da' quali risultava una rinuncia alla qualità di Francese che egli aveva, ed a' dritti che derivavano per lui da tale qualità.

400. Nè tampoco è permesso di derogare con una transazione a ciò che interessa l' ordine pubblico. Così non puossi, transigendo sopra un delitto, porre ostacolo al procedimento per parte del ministero pubblico, benchè ben si possa altronde transigere sull'interesse civile risultante da questo delitto; art. 2046 c. c. = *1918 ll. cc.*

E con la parola *delitto* in questo articolo s' intendono anche i *misfatti* e le semplici *contravvenzioni.*

Se la parte offesa da un delitto transige mentre che un tribunale di repressione sta trattando la causa, essa rimane sempre risponsabile delle spese verso il tesoro pubblico, o che l' imputato sia assoluto o condannato; decreto del 18 giugno 1811; art. 157.

Così pure giudicò un arresto della Corte di cassazione in data del 5 febbraio 1813, cassando una sentenza del tribunal correzionale di Montalbano.

Convien notare del resto che la transazione sull'interesse civile risultante da un delitto non è una pruova, nè una confessione del delitto stesso; nè deve essa far emettere alcun anticipato giudizio sulla colpabilità, giacchè ben può darsi che un innocente transiga per evitare i dissapori di una umiliante procedura (1).

(1) Motivi dell' oratore del Governo, contrarî alla disposizione del Dritto romano, nella l. 4, § 5, e l. 5, ff. *de his qui not. infam.*

401. Per lo stesso motivo, non è lecito di operare con una transazione una separazione personale o di beni, atteso che ogni separazione volontaria è nulla; art. 307 e 1443 c. c.=*222 e 1407 ll. cc.*

402. Ed è chiaro puranche di non potersi per questa via derogare all' ordine delle giurisdizioni, quando si tratti d'incompetenza per ragion di materia.

Ma ben possono i privati transigere sul senso di un atto amministrativo, se, qualunque sia l' oggetto del litigio, non possa ridondare azione alcuna contra il Demanio; giacchè allora essi contrattano sopra cose di cui loro è permesso di disporre liberamente, lochè autorizza in espresso modo l'art. 2045 c. c. = *1917 ll. cc.* Tanto formalmente dichiara un arresto della Corte di cassazione del 17 gennaio 1811 (1).

403. Secondo l' art. 1004 c. pr. = *1080 ll. pr. civ.*, non è lecito di compromettere sulle donazioni ed i legati a titolo di alimenti, abitazione e vestiario, e giusta l' art. 581 *ibid.* = *671 ibid.*, questi oggetti non sono sottoposti a sequestro: ne è evidente motivo di essersi considerati come inalienabili, e la stessa regola vuole similmente che il creditore non possa formarne materia di transazione.

In conseguenza di questi canoni, la Corte di Nimes con sua decisione del 18 dicembre 1822 (2) giudicò che l' atto col quale un donatario avea ri-

---

(1) *Sirey*, 1814, 1, 126.

(2) *Sirey*, 1825, 2, 86.

nunciato alla donazione di alimenti a lui fatta, mediante una somma rappresentante il capitale della sua pensione, era nullo e di niun effetto, atteso che l' oggetto non era capace di essere alienato per via di transazione, nè con alcun altro atto.

Le romane leggi vietavano simili transazioni, a meno che non fossero autorizzate dal magistrato, giacchè, come lo dice la l. 8, ff. a questo titolo, l' esperienza ha dimostrato che le persone a cui vengono donati o legati alimenti (e che sventuratamente sono per loppiù prodighe), sarebbero facilmente disposte a cederli per lieve somma che loro fosse pagata in contante, e la speranza del donante o del testatore si troverebbe così delusa. *Cum hi quibus alimenta relicta erant facile transigerent, contenti modico præsenti: Divus Marcus oratione in Senatu recitata effecit, NE ALITER ALIMENTORUM TRANSACTIO RATA ESSET, QUAM SI AUTORE PRÆTORE FACTA. Solet igitur Prætor intervenire, et inter consentientes arbitrari, an transactio, vel quæ admitti debeat.* Questa disposizione, che applicavasi pure ai legati di abitazione e di vestiario, deve seguirsi nel nostro Dritto sotto il doppio aspetto, che la transazione non è valida qualora siasi fatta senza approvazione del magistrato, ma che con tale approvazione è valida; giacchè può essere interesse di colui al quale siensi donati o legati gli alimenti con un atto soggetto a controversia, il farne materia di transazione, anzichè sostenere un giudizio; e con la omologazione

del tribunale, sulle conchiusioni del pubblico ministero, non vedesi perchè la transazione non avrebbe piena forza. I giudici dovrebbero soprattutto considerare l'incertezza del dritto, il modo della transazione, cioè i vantaggi che questa procurasse al creditore, e le circostanze desunte dalla costui persona (1).

Del resto le stesse leggi romane (2) ammettevano la validità della transazione, anche senza che fosse approvata dal magistrato, quando erasi fatta sopra annualità maturate, attesochè essendo il creditore vissuto senza queste medesime annualità, il motivo del divieto non aveva la stessa forza che per le annualità future. Dovrebbesi pure ammettere ciò nel nostro Dritto. Ed esse dichiaravano pure che se il creditore, transigendo sugli stessi alimenti senza l'autorizzazione del Pretore, avea rilasciato a tale oggetto qualche cosa al debitore, ciò che erasi dato facea le veci di pagamento delle annualità che potevano essere allora maturate, nè più, nè meno, tranne purtuttavolta se il debitore si fosse arricchito pel dippiù, nel qual caso il creditore poteva ripetere sino alla concorrente quantità di cui il debitore erasi arricchito, in virtù della regola *neminem ex alieno damno locupletari debet* (3).

Del resto in ogni caso colui soltanto al quale do-

---

(1) Succitata l. 8, § 8. Questa legge espone circostanziatamente le cause che possono motivare la transazione.

(2) L. 8, Cod. *de Transact.*

(3) L. 8, § 22, ff. *de Transact.*

vevansi gli alimenti, e non l' altra parte, poteva prevalersi della nullità della transazione fatta senza l' autorizzazione del magistrato, giacchè la legge non aveva per iscopo di proibire assolutamente le transazioni fatte su questa materia senza tale permissione, ma soltanto d'impedire che il dritto agli alimenti potesse con siffatto mezzo esser distrutto o anche semplicemente diminuito; ed avverrebbe senza dubbio lo stesso nel nostro Dritto.

404. Si può transigere sopra una lite tendente a far annullare un contratto come contenente usura, ed aderire così all' esecuzione di esso. In vano si direbbe e si offrirebbe di provare, per far annullare la transazione ed il contratto, di aver la transazione lasciato sussistere l'usura. Tanto fu giudicato dalla Corte di Douai, la cui decisione venne confermata dalla Corte di cassazione con arresto del 29 maggio 1828 (1).

Nondimeno fu giudicato pure dalla Corte di Bordò, la cui decisione venne similmente confermata dalla Corte di cassazione (2), che una transazione sulla validità de' titoli impugnati di usura non è valida quando non sia anch' essa che un atto formato per celare il vizio di usura, per agevolare e mantenere stipulazioni usurarie, o quando essa medesima ne contenga.

Le circostanze in fatti nelle quali intervenne la transazione, e la natura delle stipulazioni in essa

---

(1) *Sirey*, 1828, 1, 341.

(2) Arresto del 22 giugno 1830; *Sirey*, 1830, 1, 409.

contenute, debbono essere di gran peso nello scioglimento di tale quistione: e siccome queste circostanze non erano le stesse nelle due suddette specie, non avvi contrarietà nelle decisioni.

405. Con arresto di cassazione degli 11 marzo 1807 (1) fu giudicato che una transazione fra un avvocato ed il suo cliente, per coprire i vizî di una società fatta precedentemente tra essi con lo scopo di divenire per comune utilità aggiudicatarî de' beni di cui il cliente dimandava la spropriazione, era valida in dritto ed obbligatoria secondo il suo tenore. Ma ciò dovrebbe molto dipendere dalle circostanze della convenzione.

406. Secondo l'art. 2044 c. c. = *1916 ll. cc.*, la transazione dev' essere ridotta in iscritto, probabilmente perchè si opinò che una convenzione destinata a por termine ad una lite o a prevenirne una non doveva essere anch' essa oggetto di litigio sul fatto della sua esistenza. Ma è poco probabile che i compilatori del Codice abbiano richiesto la riduzione in iscritto come condizione sostanziale, dovendo credersi di averla prescritta a solo fine di escludere la pruova testimoniale anche nel caso in cui l' oggetto della transazione non sorpassasse cento cinquanta franchi. È tanto più da credersi così, in quanto che, secondo gli art. 1358 e 1360 c. c. = *1312 e 1314 ll. cc.*, può deferirsi il giuramento sopra qualunque specie di controversia, an-

—

(1) *Sirey*, VII, 2, 235.

cora quando non esista alcun principio di pruova della dimanda o della eccezione sulla quale è chiesto.

E la Corte di Brusselles, uniformemente a tale interpretazione, giudicò con sua decisione del 1.° dicembre 1810 (1), che dal richiedere il summentovato art. 2044 che ogni transazione sia ridotta in iscritto, non ne segue di esser nulla per lo stesso motivo quella fatta verbalmente; ed in conseguenza dichiarò che colui il quale allega una transazione verbale può far interrogare il suo avversario sopra fatti e loro circostanze, a fin di stabilire la verità di quanto asserisce.

CAPITOLO III.

Delle persone che possono transigere.

SOMMARIO

407. *Per transigere, è necessario che si abbia la capacità di disporre dell'oggetto compreso nella transazione: applicazione della regola alla transazione fatta sopra beni dotali.*

408. *Chi ha transatto con un incapace non può prevalersi della incapacità della persona con la quale fece la transazione.*

409. *In taluni casi le donne maritate, come pure le persone sottoposte all'assistenza di un consulente giudiziario, transigono validamente.*

410. *Formalità richieste perchè sieno valide le transazioni fatte da' tutori.*

411. *E per quelle fatte da' comuni e da' pubblici stabilimenti.*

---

(1) *Sirey*, 1811, 2, 282.

407. Per transigere, è necessario che si abbia la capacità di disporre dell' oggetto compreso nella transazione; art. 2045 c. c. = *1917 ll. cc.*

In conseguenza alla donna maritata sotto la regola dotale non è lecito, anche con l'autorizzazione di suo marito, di rinunciare mediante transazione a' dritti sopra beni compresi nella sua dote, se questi medesimi beni non sieno stati dichiarati alienabili col contratto di matrimonio; e non pare eziandio che il magistrato possa autorizzarla a transigere sopra simili dritti, giacchè le disposizioni del Codice le quali permettono, per eccezione e con l' autorità del giudice, di alienare i beni dotali in taluni casi, non comprendono quello di transazione. Nulladimeno, siccome gli atti di questa natura sono degni di favore, e l' interesse della donna in parecchi casi richiederebbe una transazione, anzichè essere esposto agli eventi incerti di una lite, dee credersi che quella la quale fosse fatta con l'autorità del giudice sarebbe inimpugnabile.

Del resto se la moglie, altronde debitamente autorizzata da suo marito o dal magistrato, avesse al contrario con la transazione conservato beni dotali, pagando all' altra parte qualche somma o qualche altra cosa non compresa nella sua dote, non potrebbe evidentemente domandare la nullità del contratto, poichè non avrebbe menomamente con ciò alienato beni dotali, quantunque la transazione sia caduta sopra simili beni; ed in nessun caso è permesso di domandare la nullità dell'atto a chi tran-

sigette con la moglie, o coi due coniugi, per riguardo a beni dotali. Questa nullità può soltanto essere invocata dalla moglie, dal marito o loro eredi; art. 225 e 1125 c. c. = *214 e 1079 ll. cc.* (1).

408. Sempre dalla nostra regola che per transigere è necessario di aver la capacità di disporre degli oggetti compresi nella transazione, segue pure che i minori, le donne maritate non debitamente autorizzate, gl'interdetti e le persone sottoposte all'assistenza di un consulente giudiziario per causa di prodigalità o per debolezza di mente, non possono in generale transigere validamente, nel senso che se la transazione sia loro svantaggiosa, è ad essi lecito di domandarne la nullità, o per via di azione, o per via di eccezione; ma quelli i quali contrattarono con essi non possono prevalersi della nullità; art. 1125 c. c. = *1079 ll. cc.* La nullità è relativa: soltanto se l'incapace vuole che la transazione sussista, deve eseguirla da parte sua in tutte le disposizioni di essa, non potendo scinderne gli effetti.

Il fideiussore dell'incapace nè anche potrebbe prevalersi della nullità; art. 2012 c. c. = *1884 ll. cc.* Egli pagherebbe all'altra parte, a titolo di danni ed interessi, una somma uguale al pregiudizio che questa parte soffrisse per lo inadempimento della transazione da canto dell'incapace.

409. Del resto, potendo la moglie separata di

(1) *V.* tom. XV, n.° 528, e per analogia le decisioni che vi sono citate.

beni disporre de' suoi mobili ed alienarli senza aver bisogno a tal uopo di essere autorizzata (art. 1449 c. c. = *1413. ll. cc.*), non devesi dubitare di potere per la stessa ragione transigere validamente sopra una cosa mobile.

Ad un minore commerciante, ed in conseguenza ad un minore emancipato (art. 2 c. com. = *6 ll. ecc. com.*), è del pari permesso di transigere sopra una controversia riguardante il suo negozio. Diciamo altrettanto di ogni minore emancipato, riguardo agli oggetti compresi nella semplice amministrazione de' beni, per esempio sopra estagli o altre rendite, soprattutto se fosse assistito dal suo curatore.

Lo stesso dee anche dirsi in quanto alla persona sottoposta all'assistenza d' un consulente giudiziario, e che transiga sopre cose di cui potrebbe disporre senza aver bisogno per ciò di essere assistita dal consulente; per esempio, sopra pigioni, sopra una vendita di derrate provenienti dalle sue raccolte, con un operaio che abbia fatto riparazioni ad una sua casa ec.

In fatti il minore emancipato e l'individuo sottoposto all' assistenza di un consulente riscuotono le loro rendite senza aver bisogno di essere assistiti dal curatore o dal consulente: possono da sè soli vendere le loro derrate ed esigerne il prezzo: dispongono eziandio delle somme che ne derivano, non senza dubbio nel senso che sia loro permesso di farne donazioni in debita forma, ma nel senso

che possono farle servire ai proprî bisogni, e di fatto dissiparle. Stante ciò, come mai la transazione fatta da essi sopra simili oggetti sarebbe essa nulla? Non possiam crederlo (1). Così altronde l'oratore del governo formalmente dichiarò circa al minore emancipato, dicendo: « La capacità necessaria « per transigere riguarda l'oggetto della transa- « zione. Quindi il minore emancipato potrà tran- « sigere sugli oggetti di amministrazione che gli « sono affidati, e *sopra quelli di cui gli è permesso* « *di disporre.* »

Ma da queste ultime espressioni convien mai conchiudere che con l'assistenza del suo curatore, potrebbe transigere sopra un capitale mobiliare? Dall'aver la capacità di ricevere un capitale e rilasciarne quietanza con l'assistenza del suo curatore, non ha per ciò la capacità di disporne, poichè al contrario la legge prescrive al curatore d'invigilare per l'impiego del danaro (art. 482 c. c.=*405 ll. cc.*), lochè essa non dice in quanto alle semplici rendite. La transazione non è un atto di semplice amministrazione, e circa agli atti che non sono di siffatta qualità, l'art. 484 c. c. = *407 ll. cc.* vuole che il minore non possa farli senza osservare le formalità prescritte al minore non emancipato: d'onde conchiudiamo che per esser valida la transazione a suo riguardo, è necessaria l'autorizzazione del

(1) Noi già esprimemmo questa opinione nel titolo *della Minore età*, tom. III n.° 668 e 669, e nel titolo *dell' Interdizione*, medesimo volume, n.° 799.

consiglio di famiglia, data dietro il parere di tre giureconsulti, designati dal procuratore del Re, e che la transazione sia omologata dal tribunale, sulle conchiusioni del pubblico ministero. Ove si consideri che le sostanze di un minore emancipato possono interamente o in massima parte consistere in crediti o in dritti sopra mobili, non farà meraviglia tale risoluzione. Secondo la legge del 24 marzo 1806, vi è pur bisogno del parere del consiglio di famiglia per trasferire una iscrizione di rendita sullo Stato, maggiore di cinquanta franchi di provento, sia o pur no il minore creditore emancipato, non bastando a tal uopo l'assistenza del curatore: or come mai potrebbe questa esser sufficiente a fare una transazione le cui conseguenze potrebbero essere sì funeste al minore? Favard de Langlade, nel suo Repertorio alla parola *transazione*, è di parere contrario al nostro, ma crediamo che lo sia per una falsa applicazione degli art. 482, 484 e 467 c. c. = *405*, *407 e 390 ll. cc.*, ai quali si appiglia.

410. Circa al tutore, non può egli transigere pel minore o per l'interdetto se non in conformità dell'art. 467 c. c. = *390 ll. cc.*; e non gli è permesso di transigere col minore divenuto maggiore sul conto della tutela, che in conformità dell'art. 472 c. c. = *395 ll. cc.* (art. 2045 c. c. = *1917 ll. cc.*).

411. I comuni ed i pubblici stabilimenti non possono transigere se non con l'autorità espressa del

Re (medesimo art. 2045), affinchè i loro interessi non sieno sacrificati ad interessi privati, per ignoranza, compiacenza o corruzione degli amministratori de' comuni o degli stabilimenti. Circa alle formalità da osservarsi per le transazioni tra i comuni ed i privati, sono esse determinate dall'ordinanza del 12 glaciale anno XII, la quale dichiara, articolo 1.° : « In tutte le liti, nate e da nascere, « che vi fossero tra comuni e privati sopra dritti « di proprietà, i comuni non potranno transigere « se non previa deliberazione del consiglio municipale, emessa dietro consulto di tre giurisperiti « designati dal prefetto del dipartimento, e dietro « l'autorizzazione di questo medesimo prefetto, im- « partita sul parere del consiglio di prefettura.

« Art. 2.° Questa transazione, per essere deffi- « nitamente valida, dovrà essere omologata con or- « dinanza del Governo, emessa nelle forme prescrit- « te pe' regolamenti di pubblica amministrazione. »

L' art. 15 dell' ordinanza del 7 messidoro anno IX, riguardante *le rendite e i beni nazionali addetti agli ospizi*, dispone: « Potrà il comitato con- « sultivo, pei casi che lo permetteranno, transi- « gere sopra qualunque dritto litigioso.

« Le transazioni avranno provvisionalmente ese- « cuzione; ma non saranno diffinitive ed irrevoca- « bili se non dopo di essersi approvate dal Gover- « no, al quale effetto verranno trasmesse al mini- « stro dell' interno, munite del parere de' prefetti « e sottoprefetti. »

La transazione così conchiusa, con l'autorità del Governo, è soggetta al dritto comune, come se fosse stata fatta tra privati capaci di transigere, per tutto ciò che concerne la sua interpretazione, il suo effetto e la sua estensione. Son queste le medesime parole di un decreto del 2 gennaio 1812, che annulla un conflitto elevato dall' amministrazione sopra una causa pendente innanzi alla Corte imperiale di Torino tra la commissione amministrativa degli ospizî di quella città ed alcuni privati.

CAPITOLO IV.

Dell' effetto delle transazioni.

SOMMARIO

412. *Effetto generale della transazione.*

413. *Vi si può aggiungere una pena contro colui che mancherà di eseguirla: rimessione ad un volume precedente circa all' effetto di questa clausola.*

414. *Ogni transazione non si estende oltre a ciò che ne forma l' oggetto.*

415. *E non si estende ad una controversia che non potevasi prevedere nel transigere.*

416. *Colui che ha transatto sopra un diritto suo proprio, se acquisti in appresso un simile dritto da altra persona, non resta legato dalla transazione precedente, in quanto al dritto nuovamente acquistato, e nè anche può prevalersene.*

417. *La transazione fatta da uno degl' interessati non obbliga gli altri, e non può essere opposta da essi: applicazione della regola.*

418. Quid *del caso di obbligazione indivisibile?*

419. *E del caso di obbligazione solidale tra creditori? rimessione ad un volume precedente.*

420. *E della transazione fatta con uno de' debitori solidali? E*

di quella che sia fatta col debitore principale senza che il fideiussore vi sia stato parte?

421. *E di quella che abbia avuto luogo col fideiussore?*

422. *Infine di quella che sia fatta con un gravato di sostituzione, per riguardo ai beni compresi nella sostituzione?*

412. Le transazioni regolarmente conchiuse, e da persone capaci a questo effetto, pongono termine alla controversia come lo farebbe una sentenza passata in giudicato (art. 2052 c. c. = *1924 ll. cc.*), la quale non sarebbe altronde capace di essere riformata nè mediante ricorso per ritrattazione, nè mediante ricorso per cassazione: in somma la transazione ha forza di legge per coloro che la fecero; art. 1134 c. c. = *1088 ll. cc.*

413. E per assicurarne vie maggiormente l'esecuzione, le parti possono aggiungervi una pena contra quella che mancherà di eseguirla; art. 2047 c. c. = *1919 ll. cc.*

Sulla quistione se l'altra parte, in caso di contravvenzione, possa nel tempo stesso dimandare la penale e l'adempimento della transazione, o al contrario se debba scegliere per l'una o per l'altro, in conformità dell'art. 1229 c. c. = *1182 ll. cc.*, *vedi* la discussione da noi fatta a tal riguardo nel tomo XI, n.° 345, dove riportiamo i testi del Dritto romano, poco concordanti, è vero, tra essi su questo punto spinoso, e la interpretazione degli autori.

414. Malgrado il favore che viene accordato alle transazioni, non è permesso nulladimeno di esten-

derne gli effetti a cose diverse da quelle sulle quali si è transatto: al contrario ogni transazione non si estende oltre a ciò che ne forma l' oggetto; e la rinuncia fattavi a tutti i diritti, azioni e pretensioni non s' intende se non di ciò ch'è relativo alla controversia la quale vi ha dato luogo; art. 2048 c. c. = *1920 ll. cc.* Essa non regola se non le controversie che vi sono state comprese, sia che le parti abbiano manifestato la loro intenzione (a) con espressioni speciali o generali, sia che risulti tale intenzione per una necessaria conseguenza di ciò ch' è stato espresso nell' atto; art. 2049 c. c. = *1921 ll. cc.*

Così, allorchè io avessi domandato che un tale, erede di un tale, fosse condannato a pagarmi diverse somme, di cui io mi asserissi creditore verso la eredità, e dietro questa domanda io abbia transatto con lui, rinunciando a tutti i miei dritti e pretensioni, tale rinuncia non deve intendersi se non de' dritti, azioni e pretensioni che io aveva contra il defunto, e non di quelli che posso avere contra l' erede personalmente.

415. Non solo le transazioni regolano soltanto gli oggetti che vi sono compresi e non si estende

---

(a) Quindi la rinuncia di una sorella a favore del fratello di tutti i dritti dipendenti dall' eredità paterna, comprende la proprietà dell' antefato di cui la madre ha il solo usufrutto, provenendo il dritto di tale proprietà di antefato dalla eredità paterna già devoluta al momento della stipula della transazione: Decisione dei 13 gennaio 1837 della 3.ª Camera della Gran Corte civile di Napoli nella causa tra *Guerrasio* e *Guerrasio*. Trad.

oltre a ciò che ne forma l'oggetto, ma ancora non regolano, riguardo alla cosa per la quale siasi transatto, se non le controversie prevedute dalle parti circa a questa medesima cosa, e non già quelle di cui esse non parlarono nella transazione. La l. 9, § 3, ff. *de Transact.*, stabilisce questa regola in modo assai chiaro ed espresso. Il giureconsulto vi suppone che un figlio, il quale al tempo della transazione da lui fatta per riguardo al testamento di suo padre non era certo di avere la querela di inofficiosità, abbia transatto sopra altri vizî del testamento; e dichiara che la transazione non ha per effetto se non di purgare questi vizî, e non d'impedire al figlio d'intentare la querela d'inofficiosità, alla quale egli non rinunciò, poichè allora non sapeva di competergli. *Ei, qui nondum certus ad se querelam contra patris testamentum pertinere, de aliis causis cum adversario pacto transegit; tantum in his interpositum pactum nocebit, de quibus inter eos actum esse probatur....iniquum est perimi pacto, id de quo cogitatum non docetur.*

In conseguenza di questa massima, fu giudicato con arresto di cassazione del 17 novembre 1812 (1), che un gravato di sostituzione antica aveva potuto invocar la legge del 14 novembre 1792, abolitiva delle sostituzioni, quantunque in un'epoca anteriore si fosse con una transazione obbligato a mantenere ed eseguire la sostituzione di cui era gravato.

---

(1) *Sirey*, 1813, 1, 145.

In fatti la transazione non versava sull'abolizione della sostituzione, che allora non prevedevasi, e si trovò essa senza causa per effetto della legge del 1792.

416. Poichè le transazioni non si estendono oltre a ciò che ne forma l'oggetto, ne segue ancora che se colui il quale aveva transatto sopra un dritto suo proprio, acquisti in appresso un simile dritto da altra persona, non resta legato dalla transazione precedente, in quanto al dritto nuovamente acquistato (art. 2050 c. c. = *1922 ll. cc.*), e non potrebbe per la stessa ragione prevalersene.

Da ciò eziandio sorge che se io transiga con chi è stato mio tutore sul fatto della tutela, e succedo di poi a mio fratello, il quale era stato sottoposto alla medesima tutela, io non sono vincolato, circa ai dritti di mio fratello contra il tutore, dalla transazione fatta con costui; l. 9, *pp.* ff. *de Transact.*

Così pure, essendo io erede di Paolo per metà transigo con Giovanni per riguardo ad un fondo su cui Paolo avea dritti dubbiosi: la transazione avviene prima di dividersi l'eredità, prima anche che il mio coerede l'abbia accettata: costui rinuncia di poi all'eredità, e la parte sua per questa ragione si accresce alla mia (art. 786 c. c. = *703 ll. cc.*); ovvero avendo il mio coerede accettato l'eredità, mi vende la sua parte che avea Paolo su tale fondo: io non sono legato dalla transazione circa alla parte che aveva il mio coerede.

L' altra parte nè anche potrebbe invocarla, abbenchè offrisse di accordarmi per questa porzione condizioni pari a quelle alle quali io ho contrattato per la quota compresa nella transazione, comunque sia cosa del tutto simile, e si potesse così credere che le ragioni onde sono stato indotto a transigere, l' intenzione di prevenire una lite o di porvi termine, essendo le stesse circa a questa porzione, dovrebbe riputarsi di aver io voluto transigere anche riguardo a questa medesima porzione ed a simiglianti condizioni. Ma non è così: potetti io rinunciare al dritto del mio autore mediante talune condizioni e circa alla parte che vi aveva, giacchè allora questo dritto mi pareva assai incerto: ora può sembrarmi meno dubbioso, ed in conseguenza non ho assolutamente gli stessi motivi per estendere la transazione alla parte del mio coerede sopraggiuntami dopo tale contratto. Aggiungasi che considerazioni riguardanti la persona con la quale io transassi potettero anche determinarmi, e tali considerazioni possono benissimo esser cessate.

E quantunque, nella specie in cui il mio coerede abbia rinunciato all' eredità, non possa dirsi assolutamente in legge, che la parte la quale egli aveva prima della sua rinuncia sia per me un dritto *nuovo*, atteso che si reputa che un erede il quale rinuncia non sia stato mai erede (art. 785 c. c. = 702 *ll. cc.*), e quindi si stima di essere io stato il solo padrone di tutto il dritto dal dì della mor-

te del defunto (1); nulladimeno il nostro art. 2050 è pure applicabile a questo caso, stante che per *dritto nuovamente acquistato*, s' intese un dritto acquistato per un avvenimento nuovo, cioè posteriore alla transazione, e la rinuncia del mio coidoneo a succedere, la quale fece di aver io conseguito il tutto, è un avvenimento nuovo per riguardo alla transazione.

La nostra risoluzione sarebbe la stessa se uno degli eredi avesse transatto con un terzo intorno alla sua porzione, ereditaria, ed il suo coidoneo a succedere avesse di poi rinunciato: non sarebbe l' erede vincolato dalla transazione circa alla parte di quest' ultimo; e dal canto suo egli non potrebbe prevalersene, per ottenere condizioni simili a quelle che essa gli assicura circa alla porzione sulla quale contrattò.

La regola si applicherebbe per lo stesso motivo al caso in cui la transazione contenesse dal canto di una delle parti non già una cessione del suo dritto, ma una ricognizione o una conferma del dritto dell' altra, e quest' ultima parte acquistasse un dritto simile: non le sarebbe lecito d' invocare la transazione per far valere il dritto nuovo.

417. La transazione fatta da uno degl' interessati non obbliga gli altri, e non può essere opposta da essi; art. 2051 c. c. = *1923 ll. cc.* (2). È questa un'applicazione della regola che le convenzioni han-

---

(1) Noi già rispondemmo a questa obbiezione nel tomo X, n.° 526.

(2) *V.* la l. 3, ff. *de Transact.*

no effetto soltanto fra le parti contraenti, che non pregiudicano nè giovano a' terzi fuorchè nei casi preveduti nell' art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.*; art. 1165 c. c. = *1118 ll. cc.* Segue da ciò che se io transiga con uno degli eredi del mio debitore, facendogli una riduzione sopra la sua parte nel debito, non potranno i suoi coeredi pretendere la stessa remissione, invocando la transazione; giacchè potetti io avere motivi particolari per transigere seco lui, i quali non sussistono riguardo agli altri. E non posso dal canto mio trarre argomento dalla transazione contro di essi per pretendere che il dritto esista realmente, che sia stato con ciò riconosciuto: al contrario è ancora intatta a loro riguardo la facoltà d' impugnarlo.

Così pure, se taluno instituito legatario universale o erede col testamento di Paolo, e gravato di diversi legati, transiga con gli eredi legittimi di quest' ultimo sulla nullità del testamento, e rinuncii al suo legato mediante certe cose dell'eredità o una determinata somma, questa transazione non può essere opposta dai parenti agli altri legatarî, sul fondamento che il legatario universale abbia riconosciuto con la transazione di esservi tal vizio nel testamento, che egli in espresso modo contrattò sulla nullità di questo atto. Simili legatarî conservano i loro dritti, tali quali, e possono sperimentarli, tanto contra il legatario universale il quale transigendo ha pur con ciò accettato il legato fattogli, salvo a lui il suo regresso contra gli eredi le-

gittimi, se competa, quanto puranche contra costoro, i quali detengono così i beni dell'eredità.

418. Nel caso di obbligazione indivisibile, per esempio quando uno de' condomini di un podere che ha un dritto dubbioso di servitù sul fondo vicino, transiga col proprietario del medesimo, ad effetto che il dritto di servitù sia da ora innanzi incontrastabile, noi riputiamo che i condomini possano invocare la transazione, non solo perchè ad evidenza in tal caso non è lecito ragionevolmente dire di essersi fatta *intuitu personæ*, almeno in generale, ma eziandio perchè i diversi condomini essendo socî per riguardo al fondo comune, la convenzione fatta da uno di essi deve giovare agli altri, come essendo, per ciò che li riguarda, la condizione di una stipulazione che quello il quale transigette fece per sè medesimo, il che la rende valida a lor favore giusta l'art. 1121 c. c. = *1075 ll. cc.* Un socio altronde ha generalmente la facoltà di rendere migliore la condizione de'suoi consocî (1). Ma se egli avesse fatta remissione della servitù mediante la transazione, è chiaro che tale remissione non sarebbe obbligatoria per gli altri condomini.

419. Circa alla transazione fatta da uno de' creditori solidali, *vedi* ciò che si disse nel tomo XI, numeri 176 e 177.

---

(1) Nel caso di transazione sopra un' obbligazione indivisibile, e fatta con uno degli eredi del debitore, Delvicourt reputava che il creditore possa sempre dimandar la cosa intera agli altri coeredi, offrendo di soddisfare ad essi la parte di colui col quale transigette per argomento desunto dall' art. 1224 c. c. = *1177 ll. cc.* Ma noi persistiamo nella nostra opinione.

420. La transazione fatta dal creditore con uno de' debitori solidali, senza che costui abbia ricevuto facoltà a tale effetto da' suoi condebitori, non può evidentemente essere opposta ai medesimi, comunque vantaggiosa sembrasse di dover essere per loro quando siasi fatta. Adunque è ad essi ancora lecito di opporre al creditore tutti i mezzi d'inammessibilità, le perdite di dritti e nullità che potrebbero allegare.

Ma possono essi medesimi prevalersene, per profittare della rimessione che in quella fosse stata fatta al condebitore? La quistione va risoluta distinguendo. Se la transazione sia avvenuta sul fatto della solidalità di questo debitore, o su qualche altra circostanza meramente personale a quest'ultimo, a cagion di esempio perchè era minore quando si obbligò, i condebitori non possono prevalersi della transazione, nè in conseguenza della remissione fattavi al debitore, quando anche il creditore non avesse avuto la precauzione di riserbarsi tutti i suoi dritti contro di essi; giacchè in questi casi la transazione è chiaramente fatta *intuitu personæ*, e la remissione in essa fatta ha tutti requisiti di una remissione meramente personale. Ma siccome il creditore ha con ciò liberato il debitore col quale devenne a transazione, non più gli è permesso di dimandare agli altri il pagamento del debito se non dedotta la parte di questo debitore, e dedotta eziandio la porzione che egli avrebbe dovuto sopportare nella perdita risultante dall' insolvibilità del tale o

tale degli altri condebitori, per applicazione degli art. 1210 e 1215 c. c. = *1163 e 1168 ll. cc.* In vano direbbe che gli altri condebitori, dopo di aver pagato tutto il debito, avrebbero avuto contra il lor condebitore un regresso inefficace, attesa la sua qualità di minore quando si obbligò: gli si risponderebbe che non dipendeva da lui il privarli di ogni azione a tal riguardo, come lo fece liberandoli. Se avesse liberato un condebitore del tutto insolvibile, la sua azione contra gli altri sarebbe stata sempre ridotta per la parte di questo debitore nel debito (art. 1210 c. c. = *1163 ll. cc.*), ed eziandio per la sua porzione nella perdita risultante dalla insolvibilità del tale o tal altro condebitore (art. 1215 c. c. = *1168 ll. cc.*): or la ragione è simile nella specie.

Bisogna dir lo stesso nel caso ancora in cui la transazione fatta con uno de' debitori solidali non sia avvenuta per riguardo di qualche eccezione o circostanza meramente personale a questo debitore, ma sivvero a motivo di qualche controversia che insorgeva sul debito medesimo, qualora in tal caso il creditore abbia espressamente riservato tutti i suoi dritti contra gli altri condebitori: egli può eziandio dimandare ad essi il pagamento del debito non ostante la transazione, dedotta peraltro la porzione di esso debitore e la sua parte puranche nella perdita risultante dall' insolvibilità di uno fra i condebitori; art. 1285 e 1215 c. c. = *1239 e 1168 ll. cc.* esaminati ed insiem combinati.

Ma se in questa specie il creditore non abbia riservato i suoi dritti contra gli altri condebitori, sembraci indubitato che la remissione da lui fatta con la transazione giovi loro come ogni altra remissione convenzionale; giacchè la remissione ordinaria si reputa fatta *intuitu personæ* al pari della transazione, e vie più s' è possibile, essendo in sostanza una liberalità (1): or se, giusta il cennato art. 1285, la remissione convenzionale a pro di uno de' condebitori solidali giova agli altri, purchè contro di costoro il creditore non abbia espressamente riservato i suoi dritti, ed anche con questa riserva se essa li liberi sino alla concorrente parte di esso debitore, quanto vie maggiormente dev' essere così nel caso in cui il credito stesso fosse dubbioso, ed in cui dee meno supporsi di aver voluto il creditore fare una liberalità al debitore col quale contrattò (2). Poco importa che il nostro art. 2051 = *1923* dica che la transazione fatta da uno degl' interessati non obbliga gli altri *e non può essere op-*

---

(1) La remissiome si reputa talmente fatta anche *intuitu personæ*, che quella accordata al fideiussore non può essere invocata dal debitore (art. 1287 c. c. = *1241 ll. cc.*), mentre che al certo il pagamento fatto dal fideiussore libera il debitore, e la novazione fatta col fideiussore lo libererebbe ugualmente.

(2) Delvincourt è di parere contrario al nostro su quest' ultimo punto: egli non crede che gli altri condebitori possano invocare la transazione, giacchè, dice, si stima essa fatta *intuitu personæ:* il debitore che ha transatto si reputa di aver pagato la sua parte, ed ecco tutto: è questo dunque il caso, ei soggiunge, di applicare l'art. 1210 c. c. = *1163 ll. cc.*

Converrebbe eziandio applicare l' art. 1215 c. c. = *1168 ll. cc.:* ciò è incontrastabile.

posta da essi : non altro è questa che una massima generale, soggetta alle modificazioni risultanti dalla natura delle obbligazioni solidali, che hanno le loro regole a parte.

Nei suddetti casi, in cui uno de' debitori solidali abbia transatto in ragione di una circostanza che eragli personale, o sul fatto del debito medesimo, ed allorchè in quest' ultima specie il creditore abbia riserbato tutti i suoi dritti contra i condebitori, si è pocanzi detto che la transazione non può invocarsi da costoro, che soltanto l'azione del creditore contro di essi vien ridotta per la parte di questo debitore, e per quella che egli avrebbe dovuto sopportare nella perdita risultante dall' insolvibilità di uno de' condebitori, se non fosse stato liberato dal debito. Ma rimane a risolvere un dubbio, ed è quello se ciò che il debitore avrà pagato in esecuzione della transazione al di là della sua parte nel debito o della sua parte nella insolvibilità, debba ridondare a discarico degli altri condebitori. Noi siamo di questa opinione, giacchè in somma il creditore non dee ricevere cosa alcuna oltre questo medesimo debito. Invano ei direbbe che liberando il debitore dalla solidità mediante la transazione, perdè un dritto, si sottopose ad un evento sfavorevole, nel caso in cui gli altri condebitori fossero insolvibili, e che quindi profittando di ciò che questo debitore gli pagò o promise più della parte sua nel debito, non ne profitta senza causa : si risponderebbe che l' effetto della tran-

sazione dev' essere ristretto allo scopo proposto, e quanto da esso debitore fu pagato, benchè in adempimento della transazione, non ebbe meno per origine il debito solidale; or il pagamento fatto da uno de' debitori solidali libera gli altri. Questo debitore debbe avere un regresso contro di loro per quel che abbia pagato oltre la parte sua nel debito, ed a tal uopo conviene che questo dippiù ridondi a loro discarico.

Avvi maggior dubbio, a parer nostro, intorno alla quistione se pagando le loro porzioni nel debito, abbian essi medesimi liberato il lor condebitore circa alle obbligazioni da lui contratte, mediante la transazione oltre ciò che doveva sopportare in questo stesso debito. Per esempio: debito di 12,000 franchi, contratto da quattro debitori solidali: transazione fatta con una di essi, il quale impugnava la sua solidalità, mediante promessa di 6,000 franchi soltanto; o che abbia transatto sulla sostanza del debito, ma con riserva da parte del creditore di tutti i suoi dritti contra gli altri condebitori, e liberazione di quello con cui contrattò. Il creditore ha ricevuto 9,000 franchi dagli altri tre condebitori o da uno di essi, poco monta: può egli ancora dimandare al debitore col quale contrattò i 6,000 franchi interamente? Ei dice che liberandolo dalla solidalità, si sottopose al rischio di perdere 6,000 franchi del suo credito, nel caso in cui gli altri debitori fossero insolvibili, e che quindi domandando i 6,000 franchi promessigli con la

transazione, in vece de' 3,000 che formavano la parte di questo debitore nel debito solidale, non li domanda senza causa, e che fra essi la transazione deve produrre tutti i suoi effetti. È questa la nostra opinione: siffatto caso differisce dal precedente, in quanto che in questo il creditore vorrebbe trar partito dalla transazione contra gli altri condebitori, se non imputasse sul debito ciò che ricevè da quello col quale fece la transazione, e che quest'ultimo gli pagò più della parte sua in tal medesimo debito, poichè senza la transazione sarebbe stato in obbligo d'imputarvelo. In vece che nell'altro caso non già contro di essi, ma contra il debitore con cui transigette invoca egli la transazione: or se essa lo espose ad un evento svantaggioso, ei deve profittar di quello che gli è stato favorevole.

Il fideiussore può senza alcun dubbio opporre la transazione conchiusa dal debitore sul fatto o sulla natura del debito, o sopra un avvenimento che poteva averne operata l'estinzione o la riduzione, ed in conseguenza pretendersi liberato da ciò che fu dato al debitore mediante la transazione, giacchè la sua fideiussione non è altro che un'obbligazione accessoria. La transazione produce una eccezione reale, e le eccezioni di questa specie possono invocarsi dal fideiussore; art. 2036 c. c. = *1908 ll. cc.* Non sarebbe anche permesso al debitore di rinunciarvi in suo pregiudizio (1). Avvi

(1) L. 62, ff. *de Pactis.*

pure un' altra ragione per risolvere così, ed è che se il fideiussore fosse obbligato a pagare il debito primitivo, sperimenterebbe il suo regresso come per dritto contra il debitore, e costui in tal modo non profitterebbe della transazione da lui fatta, locchè non dev' essere.

La l. 7, § 1, ff. *de Transact.* dichiara eziandio che se il debitore abbia transatto col creditore dopo una sentenza che lo condannava unitamente al fideiussore, la transazione può essere invocata anche dal medesimo, e che in tal caso ha essa per effetto di distruggere la sentenza ottenuta contra l' uno e l' altro; ma che se nella medesima specie la transazione si fosse fatta col fideiussore, non distruggerebbe essa l' effetto della sentenza riguardo al debitor principale.

Ma *quid* se la transazione siasi fatta in considerazione che il debitore poteva addurre una eccezione personale contra la sua obbligazione, a cagion di esempio perchè si fosse obbligato in età minore, il che fu espresso nell' atto? Se il creditore abbia riservato tutti i suoi dritti contra il fideiussore, costui non può certamente invocar la transazione, giacchè l' atto non dee produrre effetti più estesi di quelli che le stesse parti vollero e potettero annettervi: or, ben potè il debitore rinunciare ad una eccezione che eragli meramente personale, senza che il fideiussore abbia dritto d'invocare una remissione che fu il guiderdone di questa rinuncia; ed il debitore stesso non può indi

farsi a dire, come nel caso precedente, che se il fideiussore è obbligato di pagar tutto il debito primitivo, non profitterà egli della remissione fattagli, atteso il regresso del detto fideiussore: questo linguaggio sarebbe senza fondamento, poichè essendo minore quando in origine si obbligò, il suo fideiussore, dopo di aver pagato il debito, prescindendo dalla transazione, non avrebbe un regresso contro di lui se non fino alla concorrente quantità di cui si fosse egli arricchito per effetto della fideiussione: donde segue che non ha interesse alcuno a far estinguere l'azione del creditore contra il fideiussore.

In conseguenza può il creditore dimandare l'adempimento della transazione in faccia al debitore, ed il pagamento del debito in faccia al fideiussore; ma nulladimeno nel senso che se chiegga da prima l'adempimento della transazione, ciò che il debitore avrà pagato per tal cagione ridonderà a discarico del fideiussore; e se il creditore si rivolga da principio al fideiussore e questo paghi il debito, il debitore sarà liberato da ciò che con la transazione promise; imperocchè il creditore non dev'essere pagato due volte del medesimo debito: or è sempre lo stesso debito; risiede sempre la stessa causa nei due contratti. Ma se il creditore non avesse riserbato i suoi dritti contro il fideiussore, la remissione di parte del debito fatta con la transazione sarebbe da noi riguardata come una remissione convenzionale ordinaria, di cui per lo stesso

motivo il fideiussore dovrebbe profittare, giusta l'art. 1287 c. c. = *1241 ll. cc.* Conveniva che il creditore riserbasse tutti i suoi dritti contra il fideiussore, se mai intendeva conservarli: non avendolo fatto, dee riputarsi di aver condonata assolutamente la parte del debito di cui fece remissione.

421. Se al contrario il creditore abbia transatto col fideiussore, il debitor principale non può prevalersi della transazione, poichè la remissione fatta al fideiussore non giova al debitore, giusta questo medesimo art. 1287; ma ciò che il fideiussore avrà pagato in esecuzione della transazione, va a discarico del debitore principale, secondo l'art. 1288 c. c. = *1242 ll. cc.*; giacchè è questo un pagamento fatto dal fideiussore per essere liberato dalla sua malleveria. E se il debitore stesso paghi per intero il suo debito, il fideiussore dev'essere liberato dalla promessa fatta con la transazione: se paghi qualche cosa oltre ciò di cui fu fatta remissione al fideiussore, tale eccesso s'imputa sulla seconda obbligazione di quest'ultimo. Il creditore nulla deve ricevere dippiù del suo credito.

422. In fine, circa alla transazione fatta da un gravato di sostituzione con un terzo, sia sulla sostituzione stessa, sia sopra qualcuno degli oggetti che vi si trovano compresi, *Vedi* quanto dicemmo nel tomo IX, n.° 592, dove riportiamo le disposizioni delle antiche ordinanze riguardanti le formalità da osservarsi affinchè la transazione sia obbligatoria pei chiamati alla sostituzione.

CAPITOLO V.

Delle cause di nullità o di rescissione delle transazioni

SOMMARIO

423. *Le transazioni non possono rescindersi per causa di errore di dritto : esempî e conciliazione degli art. 2052 e 2054 c. c.*

424. *Le transazioni nè anche si possono impugnare per causa di lesione.*

425. *L'errore sulla persona o sulla cosa vizia la transazioni e dà luogo alla nullità : applicazione della regola ad una transazione fatta con un erede apparente.*

426. Quid *se vi sia luogo a rescindere una transazione per causa di evizione, da parte di un terzo, di una cosa ceduta da una delle parti all' altra, in adempimento della transazione ?*

427. *I vizî di violenza e di dolo producono ancora la nullità delle transazioni.*

428. *Spiegazione dell' art. 2054 c. c.*

429. *La transazione fatta sopra documenti che si sono in seguito riconosciuti falsi, è nulla : sviluppamenti.*

430. *È parimenti nulla la transazione di una lite che fosse finita con sentenza passata in giudicato, della quale le parti o una di esse non avevano notizia.*

431. Quid *se la sentenza fosse soggetta a cassazione ovvero a ricorso per ritrattazione ?*

432 Quid *se le parti abbiano transatto prevedendo una sentenza già profferita e passata in giudicato, e che entrambe ignoravano ?*

433. *Effetto della scoperta di documenti ignoti al tempo della transazione.*

434. *L' errore di calcolo caduto in una transazione non produce la nullità, ma debb' essere corretto.*

423. Innanzi di esaminar le cause particolari per le quali possono rescindersi o annullarsi le transazioni, diremo da prima che non possono esserlo

per causa di errore di dritto, nè per causa di lesione; art. 2052 c. c. = *1924 ll. cc.*

Ed in fatti non possono essere impugnate per *errore di dritto*, atteso che si reputa che ognuno conosca il dritto: quindi se un debitore, il quale poteva opporre la prescrizione, transiga sul debito, non sarà di poi ammesso a dire di averlo fatto per errore, ignorando la legge che gli offriva il mezzo della prescrizione per liberarsi. Mediante la transazione egli riconobbe il debito, rinunciò così al mezzo di prescrizione, e non viene ammesso a dire che ignorava di averlo a favor suo.

Così pure, se un erede transiga con un legatario avendo sott' occhio il testamento, non sarà di poi ammesso ad allegare di esser nullo il testamento perchè fu rogato da un notaio e due testimonî soltanto, o perchè tutti i testimonî non firmarono, ovvero, se il testamento si fosse rogato in campagna, perchè non fu sottoscritto dalla metà dei testimonî; mentre doveva egli sapere che il testamento era nullo per siffatte cagioni. E convien notare che nella specie, quando anche le parti non avessero espressamente transatto sulla nullità, come in generale lo richiede l' art. 2054 c. c. = *1926 ll. cc.* perchè sia valida la transazione fatta in esecuzione di un titolo nullo, quella di cui trattasi non sarebbe meno efficace, avendo le parti contrattato con tener sott' occhio il testamento; imperocchè l' errore allegato non potrebbe esser qui che un errore di dritto, ed il Codice dichiara espres-

samente che le transazioni non possono impugnarsi per questa causa. Se non fosse così, questa disposizione dell'art. 2052 c. c.=*1924 ll. cc.* non avrebbe alcun senso, alcuna applicazione, poichè è evidente che colui il quale volesse dolersi di aver errato in dritto transigendo sopra un titolo nullo, non ha transatto in espresso modo sulla nullità, altrimenti avrebbe con ciò dato la pruova che la conosceva e ne sapeva la causa; e nulladimeno il Codice vieta di allegare l'errore di dritto. In tutti i casi nei quali la transazione fosse fatta in esecuzione di un titolo nullo, ed in cui avesse avuto effetto per un errore di dritto, questo articolo potrebbe sempre essere eluso mercè l'applicazione del summenzionato art. 2054, se a colui che ha transatto fosse permesso di addurre che la transazione è nulla perchè fatta in esecuzione di un titolo nullo e per non essersi transatto espressamente sulla nullità; or non devesi supporre che i compilatori del Codice abbiano stabilito disposizioni contraddittorie. In vece che in questa guisa si può benissimo conciliarle (1).

Ma qualora nella suddetta specie l'erede ed il legatario avessero transatto senza aver sott'occhio il testamento e senza che fosse altronde in chiaro modo provato che l'erede ne conosceva perfettamen-

---

(1) *V.* a tal proposito le decisioni del 25 marzo 1807 e 22 luglio 1811, la prima in Denevers, tomo V, pag. 199, e la seconda in Sirey, tomo XII, part. 1, pag. 41; e ciò che noi dicemmo nel nostro tom. XIII, n.° 270.

te il contesto, l'errore sulla nullità sarebbe piuttosto di fatto che di dritto, e stante ciò, la transazione potrebb' essere annullata, come fatta in esecuzione di un titolo nullo senza che le parti abbiano espressamente convenuto intorno alla nullità. Avverrebbe lo stesso, ancorchè le parti avessero contrattato tenendo sott'occhio il testamento, se la causa della nullità non appariva all'osservar l'atto, per esempio, perchè uno de' testimonî era incapace per una causa occulta ed ignota all' erede.

424. Le transazioni non possono impugnarsi *per causa di lesione*, cioè che ancor quando una delle parti offrisse di provare che il dritto da essa ceduto valeva assai più di ciò che ricevè con la transazione, ovvero che la pretensione dell'altra parte, ed alla quale costei rinunciò, valeva assai meno di ciò che essa ricevè a tale oggetto, questa parte non sarebbe ammessa ad impugnar la transazione per siffatta causa; imperocchè trattandosi di un dritto dubbioso, ed essendo tutto ciò ch' è sottoposto al giudizio degli uomini più o meno incerto, non puossi dire di esservi lesione in un atto il quale ha per oggetto di determinare le rispettive pretensioni delle parti e di assicurare la pace loro, risparmiando ad esse le spese e gl' imbarazzi di una lite.

Ma se la transazione fosse un primo atto intervenuto fra coeredi per far cessare la comunione, questo atto, benchè qualificato transazione, sarebbe pur considerato come divisione, ed in conse-

guenza *tale divisione* potrebbe rescindersi per causa di lesione oltre il quarto, in conformità dell' art. 888 c. c. = *808 ll. cc.*, e di quanto noi dicemmo esaminando questo articolo nel tomo VII, n.° 577 e seguenti.

425. Vero è che la transazione non può essere impugnata per errore di dritto o per causa di lesione, ma essa è nulla o annullabile quando siavi errore sulla persona o sull'oggetto della controversia; art. 2053 c. c. = *1925 ll. cc.*

In fatti le transazioni essendo in generale fatte per un riguardo della persona con cui contrattasi, perchè si può aderire a fare in sua considerazione sacrificî che forse non si vorrebbero fare se fosse un altro, era ragionevole di dichiararle nulle allorchè vi fosse errore sulla persona. Tale sarebbe il caso in cui io transigessi sugli affari di una eredità con taluno che io credeva di essere mio coerede, ma non lo era, rilasciandogli per la parte sua certi oggetti dell'eredità, ovvero obbligandomi a pagargli una determinata somma, o pure ricevendo da lui certe cose ereditarie o una data somma, pe' dritti che io poteva affacciarvi: la transazione sarebbe nulla e di niun effetto, come fatta senza causa o per una causa falsa, e ciò che io avessi pagato o ceduto potrebbe ripetersi fra anni trenta, purchè però non si fosse essa raggirata sulla qualità di erede del mio cointeressato, qualità che formava l' oggetto della controversia tra noi insorta, nel qual caso sarebbe validissima, benchè fosse di poi dimostrato

« ditore di una eredità transiga con colui che cre-
« devasi di essere erede, ma che non lo era, tale
« transazione sarà senza effetto, e riguardo al detto
« creditore, e riguardo al vero erede, giacchè il
« vero erede non potè essere obbligato col fatto al-
« trui, e 'l creditore non fu obbligato dal canto
« suo verso questo erede con cui non contrattò, e
« pel quale poteva avere minor considerazione che
« per quello il quale egli credè di essere l'erede.»
Tanto anche dispone la l. 3, § 2, ff. *de Transact.*

Vero è che l' art. 1240 c. c. = *1193 ll. cc.* dichiara che il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del credito è valido, ancorchè il possessore ne soffra di poi l' evizione; ma bisognava proteggere un debitore, il quale è costretto di pagare al possessore del credito per evitare spese; mentre che non avvi la stessa necessità di dare effetto ad atti i quali furono formati da chi non aveva qualità reale per farli.

Se dunque la transazione siasi fatta tra l' erede apparente ed un debitore in buona fede, ed abbia costui pagato qualche somma, anche in buona fede, in esecuzione della transazione, ciò deve imputarsi sul debito, in virtù del suddetto art. 1240; giacchè in realtà è un pagamento fatto su questo medesimo debito. Ma non potrà opporre al vero erede la remissione che eragli stata fatta con la transazione. E se la transazione sia avvenuta con un creditore, ed il possessore dell' eredità gli

abbia pagato qualche cosa in esecuzione di questa medesima transazione, gli competerà contro di lui l'azione di ripetizione per pagamento indebitamente eseguito senza potersene far compensare dal vero erede; giacchè il medesimo rimane sempre obbligato al debito malgrado la transazione e questo pagamento il quale non venne fatto in nome e discarico suo.

L'errore sull'oggetto della controversia avverrà in rarissimi casi, poichè l'idea di transazione suppone una controversia su qualche cosa menzionata nell'atto, ed in conseguenza che sia nota all'una ed all'altra parte.

426. Se una delle parti soffra da un terzo l'evizione di qualcuna delle cose che l'altra le avea rilasciate *transactionis causa*, per avere o ritener quelle che formavano la controversia, il Dritto romano in tal caso disponeva di non esservi luogo per ciò a rescindere la transazione ed a risuscitar la lite, ma di competere soltanto un'azione in garantia per causa di evizione; e di non competere anche alcuna azione in garantia (tranne quando si fosse promessa la garantia), se la cosa stessa su cui erasi transatto fosse stata evinta alla parte a cui era rimasta per effetto della transazione, atteso che in tal caso riputavasi che questa parte si avesse voluto assoggettare a' rischi dell'evizione, e che l'altra avesse soltanto voluto rinunciare alle sue pretensioni sopra siffatta cosa. Tale è la doppia risoluzione di Diocleziano e di Massimiano nella legge

33 al Codice, *de Transact.*, e ci sembra essa così giusta, che non esitiamo a credere di dover essere seguita nel nostro Dritto, salvo l' effetto delle particolari convenzioni contenute nella transazione, prevedendo l' evizione.

427. La transazione, come gli altri contratti, può essere anche rescissa in tutti i casi ne' quali vi sia intervenuta violenza o dolo (art. 2053 c. c. = *1925 ll. cc.*), osservando nondimeno la distinzione che il Codice stabilisce fra questi due generi di vizî, nel titolo *de' Contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale*, cioè: che la violenza è una causa di nullità quando anche si fosse commessa da un terzo senza complicità della parte, e nel caso pure in cui lo sia stato sul consorte del contraente, sopra il suo discendente o ascendente; in vece che il dolo allora è causa di nullità quando i rigiri siensi praticati da una delle parti verso l' altra (o ne sia stata complice), e fossero stati tali, da apparir chiaro che senza di essi la parte lesa non avrebbe contrattato; art. 1113 e 1116 c. c. = *1067 e 1070 ll. cc.* insiem combinati.

Se dunque un erede transiga col suo coerede sopra taluni affari dell' eredità, e per astuzia, per menzogna gli faccia credere cose false, le quali indussero quest' ultimo a transigere, la transazione può rescindersi per causa di dolo.

Ma in siffatti casi di violenza o di dolo, la parte lesa deve procedere fra dieci anni dal giorno in cui

cessò la violenza o si scoprì l'errore, in conformità dell' art. 1304 c. c. = *1258 ll. cc.*, altrimenti il vizio sarebbe purgato e la transazione avrebbe tutto il suo effetto. Lo avrebbe pure, se la parte lesa l' avesse eseguita volontariamente dopo che cessò la violenza o si scoprì l' errore; art. 1338 c. c. = *1292 ll. cc.*

È inutile il dire che per potersi rescindere la transazione per queste cause, bisogna che il fatto di violenza o di dolo sia chiaramente provato (1), e che la parte la quale lo commise non possa anch' essa domandare la rescissione per questa causa (2). Il dolo può nondimeno dimostrarsi coi fatti e con le circostanze dell'atto, con presunzioni gravi, precise e concordanti; art. 1353 c. c. = *1307 ll. cc.* E siccome colui il quale transigè con cognizione di causa, e che forse volle fare una liberalità all' altra parte, non può dire di essere stato ingannato, segue da ciò che non può allegare il dolo per dispensarsi dall' eseguire la transazione (3), purchè nondimeno vi fosse materia a controversia: altrimenti sarebbe questo un atto di mera liberalità ed i cui effetti sarebbero determinati secondo ciò che sopra si è detto, num. 396 e 397.

Un creditore il quale, mediante una transazione fatta col suo debitore, e con cui accordò remissione a costui di tutto o parte del debito, non avreb-

---

(1) L. 35, Cod. *de Transact.*
(2) L. 30, Cod. *de Transact.*
(3) L. 34, Cod. *hoc tit.*

be ascolto qualora, morto il debitore, adduccesse che tale remissione fu da lui concessa solo in considerazione della promessa fattagli da questo debitore, d' istituirlo suo erede, o di fargli il tale o tale legato, promessa che non fu adempita (1): siffatta asserzione, quando anche fosse provata, non darebbe campo a rescindere la transazione, giacchè non era permesso di contrattare sopra eredità futura (art. 1130 c. c. = *1084 ll. cc.*); ed in conseguenza questa parte non potrebbe essere ammessa a dire che una tale promessa fu la causa della remissione del debito.

428. Avvi ugualmente luogo a rescindere la transazione, come più sopra si è detto, quando sia stata fatta in esecuzione di un titolo nullo, purchè le parti non abbiano espressamente trattato della nullità; art. 2054 c. c. = *1926 ll. cc.*

Ma parimente, come lo abbiam fatto osservare, perchè questa disposizione non sia in contrasto con quella dell'art. 2052 c. c. = *1924 ll. cc.*, il quale dichiara che la transazione non può essere impugnata per causa di errore di dritto, senza richiedere a tal uopo che le parti abbiano trattato espressamente della nullità, bisogna intenderla de' casi in cui la parte che erasi obbligata col titolo nullo, e che nella transazione non convenne espressamente sulla nullità, abbia ignorato tale nullità per errore di fatto e non già per errore di dritto, altrimenti sareb-

---

(1) Medesima legge.

be applicabile il cennato art. 2052. Che se, per esempio, siasi transatto sopra un legato contenuto in un testamento nullo per vizio di forma, per vizio patente, che l'erede il quale aveva sott'occhio il testamento potè con facilità conoscere; che egli non potè ignorare se non per ignoranza di dritto; la transazione l'obbliga, quando anche non si fosse espressamente trattato della nullità del testamento; ma che se abbia a ragione potuto ignorare il vizio, perchè uno dei testimoni, a cagion di esempio, non aveva le qualità richieste, la transazione sarà nulla, se non siasi transatto espressamente sulla nullità.

429. La transazione fatta sopra documenti che si sono in seguito riconosciuti falsi, è interamente nulla (art. 2056 c. c. = *1927 ll. cc.*): tal che, quando anche vi esistessero atti i quali non fossero falsi tra quelli sui quali si è transatto, la transazione non sarebbe meno nulla, atteso che in una transazione tutto è correlativo: cedesi un punto in considerazione di un altro; i sacrifizî sono generalmente reciproci. A tal riguardo non seguesi nel nostro Dritto la disposizione della l. 42, Cod. *de Transact.*, la quale annullava la transazione soltanto sopra i capi riguardanti il documento falso.

Ma se la transazione cadesse sull'assertiva della falsità de' documenti, sarebbe essa valida ancorchè il falso venisse chiaramente stabilito dopo l'atto (1);

---

(1) L. 42, *in fine*, Cod. *de Transact.* innanzi citata.

imperocchè se è nulla quando siasi fatta sopra documenti che si sono *in seguito* riconosciuti falsi, n' è motivo che allora essa era senza causa: non eravi in realtà nulla di litigioso fra le parti; mentre che quante volte sia avvenuta sull'assertiva della falsità de' documenti, ha una causa, poichè la quistione se i documenti fossero o pur no falsi, formava precisamente materia di controversia tra le parti.

Si può anche transigere sopra una falsità certa, poichè è permesso di transigere sull' interesse civile risultante da un delitto; art. 2046 c. c.=*1918 ll. cc.* Potendo le parti liberamente disporre dei loro dritti, la transazione ha una causa sufficiente; per cui l' art. 2056 c. c.=*1928 ll. cc.* dichiara nulla la transazione fatta sopra documenti falsi, sol quante volte i documenti si sieno *in seguito* riconosciuti falsi. Purtuttavolta l' art. 249 c. pr.=*344 ll. pr. civ.* vuole che non possa eseguirsi alcuna transazione fatta sull' incidente di falso, se non è stata omologata in giudizio dopo la comunicazione fattane al pubblico ministero, il quale su tale oggetto potrà fare quelle istanze che giudicherà opportune. Ma ciò deve intendersi nel senso, che la transazione non potrà eseguirsi per ciò che riguarda l' interesse pubblico, prima di essere omologata. Se dunque in virtù di questa transazione, si volesse impedire l' istruzione del falso, o la sentenza, o far consegnare i documenti alle parti, ai testimoni o ai depositarî, ovvero farli sop-

primere o lacerare, riformare o ristabilire, non sarebbe ciò permesso che dopo l'omologazione. E risultando dal processo qualche indizio di falsità o di falsificazione, se gli autori o i complici vivono tuttora, e se l'azion criminale non è prescritta, il presidente del tribunal civile rilascia mandato di accompagnamento contro gl' indiziati, e adempie in questo caso le funzioni di uffiziale di polizia giudiziaria; art. 239 *ibid.* = *334 ibid.* Ma se il ministero pubblico creda che non esista falsità, o che il misfatto sia estinto per la morte dell' autore e de' complici, o per la prescrizione, aderisce alla omologazione della transazione, purchè essa non leda in cosa alcuna l'interesse pubblico o il dritto de' terzi; giacchè se la consegnazione, soppressione, lacerazione, cassatura, riforma o ristabilimento dei documenti, tendesse a dare ad una delle parti uno stato o un dritto in pregiudizio di un terzo, o ad alterare lo stato o il dritto di costui, egli si opporrebbe all' omologazione (1).

430. È nulla la transazione di una lite che fosse finita con sentenza passata in giudicato, della quale le parti o una di esse non avevano notizia.

Quando la sentenza ignorata dalle parti fosse ancora appellabile, la transazione sarebbe valida; art. 2056 c. c. = *1928 ll. cc.*

Nel primo caso non eravi più materia a transazione, poichè nulla vi era più di dubbioso tra le

(1) *V.* Pigeau, *della Procedura civile*, lib. II, part. II, tit. III, cap. I, art. 3, § 1.°

parti circa a questo oggetto, abbenchè esse non avessero notizia della sentenza; giacchè la loro ignoranza a tal riguardo non ostava che il dritto di una di esse fosse allora perfettamente certo. La transazione adunque non avea più causa, salvo ciò che diremo in appresso sul caso in cui esse avessero transatto prevedendo che potrebbe essersi già profferita la sentenza, ma senza sapere in favore di chi delle due lo sia stato, nel qual caso la transazione sarebbe valida come contratto aleatorio.

Ma nel secondo caso essendo ancora incerto il risultamento deffinitivo della lite, non ostante la sentenza di prima istanza, la transazione è valida.

Se, qualora la sentenza non fosse appellabile, le parti, o anche soltanto quella in cui favore sia emessa la sentenza, ne avevano notizia al momento dell' atto, la transazione sarebbe valida, perchè questa parte evidentemente avrebbe transatto per appagar la sua coscienza, lochè era una causa ben sufficiente. Tal che quando anche non vi fosse stata materia a cassazione o a ricorso per ritrattazione, la transazione varrebbe: l' articolo non lascia alcun dubbio a tal riguardo. Vie più sarebbe valida nel caso in cui la sentenza potesse venir riformata con l' uno o l' altro di questi rimedî, ancorchè si fosse profferita prima del ricorso per cassazione o della dimanda per ritrattazione della sentenza, ed ancorchè le parti non ne avessero fatto parola nella transazione. Ma se soltanto quella che perdè la lite avesse notizia della sentenza, siccome

essa sarebbe in frode, non potrebbe prevalersi della transazione. Se mai l' opponesse sulla esecuzione della sentenza, verrebbe esclusa con l' eccezione di nullità desunta dalla mala fede; e l' altra parte potrebbe provare con tutti i mezzi di dritto, anche con testimoni senza principio di pruova scritta, che il suo avversario al momento della transazione aveva notizia della sentenza la quale lo condannava; giacchè non dipendeva da sè l'avere una pruova scritta di questo fatto. Con tale distinzione bisogna interpretare le seguenti parole dell' articolo: « Della quale le parti *o una di esse* non avevano notizia. » Supponendo che la sentenza fosse appellabile, perchè era profferita in prima istanza soltanto ed i termini dell'appello non erano ancora trascorsi al tempo della transazione, ma che la sentenza era nota alla parte condannata ed ignorata dall' altra parte, elevasi la controversia se la transazione possa impugnarsi da quest'ultimo lato, sul fondamento della mala fede dell' altra, contra la quale esisteva già una sentenza da essa dissimulata. La seconda disposizione del nostro articolo dichiara sì che se la sentenza fosse appellabile, la transazione è valida; ma parla nell' ipotesi di una sentenza ignorata *dalle parti*, in vece che nella specie non era ignorata *dalle parti*, essendolo da una di esse soltanto, e da quella la quale, se ne avesse avuto notizia, non sarebbe forse devenuta a transazione, supposizione tanto più fondata, in quanto che l' altra parte credè di doverla dissimulare.

Adunque siffatta disposizione non è all' intutto decisiva in favore della validità della transazione, e la mala fede della parte condannata da questa sentenza sembra una ragion bastante perchè debbesi considerare questa transazione come nulla, dietro la dimanda dell' altra parte, non ostante la incertezza risultante dalla facoltà di appellare che esisteva al tempo dell' atto, salvo all' altra parte il valersi di tale facoltà, e nel termine di dritto, il quale non comincerebbe a decorrere che dal giorno della intimazione della sentenza a lui fatta, o alla persona o al domicilio.

431. È massima che la facoltà del ricorso per cassazione non toglie alle sentenze inappellabili l' autorità di cosa giudicata: così disponeva l' art. 5 del titolo 27 dell' ordinanza del 1667; per cui il ricorso non è sospensivo che nelle materie criminali, eccetto qualche caso rarissimo in cui la legge abbia diversamente disposto in materia civile (1); mentrechè l' appello sospende l' esecuzione delle sentenze in prima istanza, e loro toglie per conseguenza l' autorità della cosa giudicata finchè non sieno confermate in grado di appello.

La via del ricorso per ritrattazione neanche toglie alle sentenze o decisioni l' autorità della cosa giudicata; anzi un tal mezzo non può usarsi che rispetto alle sentenze e decisioni; art. 480 c. pr. = *544 ll. pr. civ.* E siccome l' art. 2056 c. c. =

---

(1) Come nel caso preveduto nell' art. 265 c. c.

1928 ll. cc. annulla la transazione allorchè siasi fatta sopra una lite terminata con sentenza passata in giudicato, della quale le parti o una di esse non avevano notizia, ne segue che la transazione non sarebbe meno nulla nell'interesse di colui che ottenne la sentenza e che l'ignorava, quando anche l'altra parte avesse contro tale sentenza il mezzo del ricorso per ritrattazione o del ricorso per cassazione; salvo a questa parte di valersi di tal mezzo contro la sentenza. Il Codice dispone il contrario sol pel caso in cui la sentenza, ignorata dalle parti al tempo della transazione, fosse appellabile, cioè nel caso in cui la sentenza non fosse ancor passata in giudicato: or nella specie essa avea acquistato forza di cosa giudicata, sia perchè era stata profferita in ultima istanza, sia perchè essendo stata profferita in prima istanza, al tempo della transazione era già trascorso il termine per appellare, sia finalmente perchè era questa una decisione profferita in grado di appello. Indarno la parte condannata, la quale sosterrebbe la validità della transazione, perchè l'obbligasse a pagar meno della sentenza, sosterrebbe che questo atto dev'esser valido, atteso la incertezza che presentavagli il diritto del ricorso per cassazione, quello di far rivocare la sentenza o la decisione col ricorso per ritrattazione, e per conseguenza ch'essa contrattò sopra un oggetto ancor dubbioso; essa non sarebbe ascoltata: perchè lo fosse, sarebbe stato necessario che colui che ottenne la sentenza *passata in giudicato* ne

avesse avuto notizia al momento della transazione, e che fosse ciò provato, o coll' atto medesimo, o in altro modo: allora in fatti contrattando con conoscenza di causa, la transazione sarebbe validissima. Il mezzo di appello fu preso in considerazione dal Codice, per la validità della transazione, perchè in grado di appellazione vien veramente giudicata la lite, e la facoltà di appellare essendo regolata secondo la somma che formò l' oggetto della domanda in prima istanza, è questo un punto che generalmente non presenta dubbio alcuno; in modo che se vi fosse controversia sulla validità della transazione, il tribunale di prima istanza il quale, secondo le regole della procedura, sarebbe chiamato a pronunziare, potrebbe facilmente deciderla; mentrechè questo tribunale sarebbe incompetente a decidere se effettivamente la parte che sostiene la validità della transazione avesse, come lo pretende, qualche mezzo straordinario per far riformare la sentenza: lo sarebbe evidentemente soprattutto quando fosse una decisione della Corte reale, o che il mezzo invocato fosse il ricorso per ritrattazione, o che fosse un mezzo per cassazione. Queste considerazioni spiegano dunque abbastanza perchè l' art. 2056 c. c. = *1928 ll. cc.* nel caso da esso preveduto non dichiara valida la transazione se non quando la sentenza fosse appellabile, e non dice lo stesso de' casi in cui potrebbe essere impugnata col ricorso per cassazione o col ricorso per ritrattazione. Per conseguenza la transazione è nul-

la in questi medesimi casi a favor di colui che aveva ottenuto la sentenza, e che ne ignorava l'esistenza al momento della transazione, ancorchè l'altra parte l'avesse ugualmente ignorato.

432. Del resto, e come da noi fu detto più sopra, la transazione fatta anche sopra una lite che si era decisa con una sentenza passata in giudicato, in niun modo capace di essere riformata per qualsivoglia mezzo, ed ignorata dalle due parti, sarebbe indubitatamente valida, se fosse fatta prevedendo il caso che la lite venisse vinta dall'una o dall'altra parte; imperocchè avrebbero esse contrattato sopra qualche caso d'incerto per loro al momento della transazione: avrebbero in tal modo formato un contratto aleatorio. Il summentovato art. 2056, pronunziando la nullità della transazione, nella prima disposizione, non suppone che le parti abbiano contrattato prevedendo la esistenza della sentenza, ma ignorando questa sentenza (1).

La transazione sarebbe similmente valida se, quantunque fatta sopra una sentenza realmente passata in giudicato, fosse avvenuta sopra una controversia elevata sul punto se effettivamente questa sentenza avesse oppur no acquistato forza di cosa giudicata, giacchè anche ciò sarebbe materia di una controversia, e per conseguenza di una transazione.

---

(1) Fu giudicato con arresto di cassazione del 16 pratile anno XII (*Sirey*, 7, 1, 1230) che una transazione fatta sopra una controversia allora decisa con una sentenza in ultima istanza, ma con cognizione di causa, era validissima.

V. sopra l'uno e l'altro punto la l. 23, § 1, *vers. quid ergo*, ff. *de Condict. indebit.*

433. Allorchè le parti hanno transatto generalmente sopra tutti gli affari che potessero esservi tra loro, i documenti che loro erano ignoti in quel tempo, e che posteriormente sieno stati scoperti, non costituiscono una causa di rescissione; purchè non sianó stati occultati per fatto di una delle parti medesime; art. 2057 c. c. = *1929 ll. cc.*

In simil caso la parte che ha occultato i titoli appartenenti all' altra non potrebbe, per evitare la rescissione della transazione, offrir di pagare ciò a cui potrebbe esser tenuto per ragione di questi medesimi titoli; la sua mala fede la renderebbe inammissibile. Altronde forse l'altra parte non avrebbe menomamente transatto se avesse conosciuto questi medesimi titoli, o non lo avrebbe fatto colle stesse condizioni. Ma in senso inverso la parte i cui documenti sieno stati occultati dall' altra parte, benissimo potrebbe in taluni casi sostenere la validità della transazione e reclamare al tempo stesso i dritti che le provvenissero da documenti occultati e scoverti: ciò avverrebbe specialmente quando questi documenti riguardassero oggetti che non fossero stati nominatamente compresi nella transazione.

Il termine per agire per la rescissione della transazione in questo caso è di dieci anni dal dì in cui si scovrì il dolo della parte che occultò i documenti dell' altra, in conformità dell' art. 1304 c.

c. = *1258 ll. cc.* Ma convien osservare che il Codice non richiede, perchè possa domandarsi la rescissione, che vi sia pruova per iscritto dal giorno in cui furono scoverti i documenti occultati da una delle parti, come richiede l' art. 488 c. pr. = *552 ll. pr. civ.*, perchè possa esercitarsi il ricorso per ritrattazione fondato sopra questa causa dopo il termine ordinario di tre mesi dalla intimazione, a persona o a domicilio, della sentenza impugnata; salvo però all' attore per rescissione, se procedesse dopo i dieci anni dalla transazione, di provare, ma con tutti i mezzi di dritto, che egli non iscoperso i documenti se non da meno di dieci anni, e per conseguenza ch' è ancora nel termine utile per agire. Ciò fu da noi dimostrato nel tomo XIII, n.° 536.

La transazione è nulla, quando essa non riguardi che un solo oggetto, e resti provato da documenti recentemente scoverti che una delle parti non aveva alcuna ragione sopra lo stesso oggetto (art. 2057 c. c. = *1929 ll. cc.*), perchè fatta senza causa o sopra una causa falsa.

Tale sarebbe il caso in cui un erede gravato di un legato con testamento, transigesse col legatario, e posteriormente alla transazione fosse scoverto un nuovo testamento il quale rivocasse il primo o il legato in quistione. Tale sarebbe eziandio il caso in cui un erede transigesse sul debito del defunto, e posteriormente discovrisse una quietanza la quale

liberava il defunto, o un atto contenente remissione del debito; ec. ec.

434. L' errore di calcolo caduto in una transazione non dà luogo alla rescissione della stessa, ma debb' esser corretto; art. 2058 c. c. = *1930 ll. cc.*

FINE DEL TITOLO XV DELLE TRANSAZIONI.

TITOLO XVI.

Dell' arresto personale.

Definizione dell' arresto personale, ed osservazioni preliminari.

SOMMARIO.

435. L' arresto personale non è una pena, a parlar propriamente, ma un mezzo rigoroso di esecuzione, il quale consiste nello imprigionare una persona che non adempie alla sua obbligazione; e per tal ragione le regole che gli sono applicabili in materia civile ordinaria sarebbero state forse meglio collocate nel Codice di procedura anzichè nel civile, tanto più che non si scorge come l'arresto personale possa far parte del terzo libro di questo Codice, intitolato *Modi di acquistare la proprietà.*

436. La legge si determinò a stabilirlo per diversi motivi: ora per ragione della estrema severità che meritano coloro che vi ha soggettati, colpevoli di violenza o di dolo; ora per assicurare più piena-

mente la esecuzione di talune obbligazioni, come un mezzo più forte che le semplici vie di esecuzione sopra i beni; ed ora finalmente per costringere in modo più efficace ad obbedire agli ordini della giustizia in taluni casi. Ma siccome è questo un mezzo rigoroso, un attentato alla libertà delle persone, non è permesso valersene fuori de' casi formalmente espressi dalla legge, ed i tribunali non possono ordinarlo che in questi medesimi casi, ed in quelli in cui essa lasci loro la facoltà di pronunziarlo (art. 2063 c. c.), giusta quanto sarà spiegato in appresso. Il consenso stesso del debitore a sottoporsi all' arresto, è senza effetto fuori de' casi in cui la legge con una speciale disposizione permettesse questa sottoposizione.

437. Ed in verun caso, a parer nostro, il tribunale deve ordinare di uffizio l' arresto; è necessario che l' attore dia le sue conclusioni a tal riguardo. Se il tribunale lo pronunziasse senza che l' attore vi avesse conchiuso, commetterebbe un *ultra petita*. Come mai in fatti il convenuto potrebbe difendersi dall' arresto, se non venga domandato contro di lui, quando nulladimeno non sarebbe forse nel caso di soffrirlo? Il tribunale si esporrebbe in tal modo a pronunziarlo indebitamente, ordinandolo di uffizio. Il silenzio dell' attore non sarebbe forse altronde una presunzione che egli non intende prevalersi dell' arresto? Non debbono i tribunali supplire di uffizio in una materia sì rigorosa al silenzio dell' attore. Siffatta risoluzione non po-

trebbe essere dubbiosa ne' casi in cui la legge non istabilisca essa medesima l' arresto, ma permetta soltanto ai tribunali di pronunziarlo; ma devesi anche così sostenere in quelli in cui la legge lo stabilisca essa medesima: imperocchè è sempre necessario che il convenuto abbia il mezzo di dimostrare che non sia in uno di questi casi; or ciò gli è impossibile, se non gli si parli dell' arresto.

438. Il Codice civile, come ben si comprende, non si occupa dell'arresto personale che nelle materie civili ordinarie, ed anche le sue disposizioni a tal riguardo non abbracciano tutti i casi; son esse completate da quelle del Codice di procedura, il quale regola puranche il modo di eseguirlo; ma questo mezzo di esecuzione si applica ad altre materie, giacchè si applica puranche:

1.° In materia di commercio;

2.° In materia criminale, correzionale e di semplice polizia;

3.° In materia di denari ed effetti mobili pubblici;

4.° Finalmente contro gli stranieri.

Le massime che lo riguardano differiscono secondo che si tratti di applicarlo all' una o all' altra di queste materie. A tal riguardo la legge del 17 aprile 1832 stabilisce le regole da seguirsi. Noi riferiremo le principali disposizioni, per presentare un sistema completo sopra quest' oggetto importante, collocandolo però secondo l'ordine di distribuzione che adotteremo.

CAPITOLO I.°

Dell' arresto personale in materia civile ordinaria (1).

SOMMARIO

439. *Divisione di questo capitolo.*

439. Convien vedere su tal punto,

1.° Le cause in virtù delle quali ha luogo o può aver luogo l' arresto personale;

2.° Le cause che ostano a tale arresto, e diverse mitigazioni apportate alla sua esecuzione;

3.° Le regole particolari riguardanti l'esecuzione dell' arresto personale.

SEZIONE I.

Delle cause in virtù delle quali ha luogo o può aver luogo l'arresto personale in materia civile ordinaria.

SOMMARIO

440. *L' arresto personale in materia civile ordinaria è ora prescritto dalla legge, ed ora lasciato alla saggezza de' tribunali.*

441. *Non può eseguirsi che in virtù di sentenza; rimessione.*

---

(1) Usiamo questa voce per opposizione alle materie commerciali, che sono puranche materie civili, e specialmente per opposizione alla materia de' danari ed effetti pubblici, di cui parleremo in appresso.

440. L' arresto personale in materia civile ordinaria ha luogo ora in virtù di una disposizione speciale della legge, che impone ai tribunali di pronunziarlo contra coloro che si trovano in uno de' casi da essa preveduti; ora ha luogo in virtù del potere discrezionale lasciato dalla legge ai tribunali di pronunziarlo in taluni casi; finalmente in alcuni altri è permesso alle parti stesse di convenirlo in modo che in questi ultimi casi, del pari che nei primi, i giudici non possono dispensarsi dal pronunziarlo, perchè essi non sono che gli organi della legge la quale essa medesima lo pronunzia, o che ha permesso di stipularlo; mentrechè negli altri casi è soltanto una facoltà, un potere discrezionale che essa intese lor conferire. Donde segue che in questi la loro sentenza potrebbe essere riformata in grado di appello, come un *mal giudicato*, sia che pronunciasse oppur no l' arresto, ma non potrebbe essere censurata dalla Corte suprema; mentrechè in quelli conterrebbe una violazione alla legge, se avesse rigettato le conclusioni dell'attore che domandava l' arresto, e per conseguenza andrebbe soggetta a cassazione.

441. Ma in tutte le ipotesi non può ordinarsi l' arresto personale che in virtù di una sentenza; art. 2067 c. c.= *1937 ll. cc.* Noi torneremo a parlare su tal punto.

§ I.

De' casi in cui la legge medesima pronunzia l'arresto personale in materia civile ordinaria.

SOMMARIO

442. *L'arresto personale ha luogo nel caso di stellionato: in qual caso v' è stellionato.*

443. *Non avvi stellionato pel solo motivo che colui il quale ipoteca un immobile si taccia sulle ipoteche di cui lo conosce gravato, salvo il caso del marito o del tutore.*

444. *Nè pel solo motivo che vendendo un immobile non si dichiarino le ipoteche di cui lo si conosce gravato, quando anche fosse un marito o un tutore.*

445. Secus *se si venda l' immobile come libero d' ipoteche.*

446. Quid *di colui il quale permuta un immobile che sa non appartenergli?*

447. *L' estinzione delle ipoteche che avrebbero potuto far dichiarare lo stellionato osta all' arresto per questa causa.*

448. *Specie giudicata ben rigorosamente.*

449. Quid *se, non ostante la dissimulazione praticata dal debitore di una o più ipoteche, l' immobile presentava allora un valore libero più che bastante per la sicurezza del creditore?*

450. *In materia di mobili non v'è stellionato.*

451. *Non può procedersi per lo stellionato per via di polizia correzionale.*

452. *L' arresto personale ha luogo puranche in caso di deposito necessario.*

453. *A questo deposito vien assomigliato quello fatto in un'osteria dal viaggiatore, e la consegnazione delle cose ai vetturali per terra o per acqua, a fin di trasportarle.*

454. *Conciliazione degli art. 2060, 2063 e 1945 c. c. riguardo al caso di deposito volontario.*

455. *L' arresto ha similmente luogo in caso di reintegra; in questo caso da qual giudice vien pronunziato.*

456. *Quarto caso di arresto personale.*

457. *Quinto caso.*

458. *Sesto caso.*

442. L' arresto personale ha luogo in materia civile ordinaria:

1.° Pel caso di stellionato; ed avvi stellionato,

1.° Allorchè taluno vende o ipoteca un immobile, sapendo di non esserne proprietario;

2.° O allorchè asserisce come liberi i beni già ipotecati, o dichiara ipoteche minori di quelle alle quali i beni sono soggetti; art. 2059 c. c. = *1934 n. 1. ll. cc.*

La mala fede del debitore lo rende indegno di indulgenza: quindi convien intendere l'ultima disposizione dell' articolo del caso in cui chi ha asserito come liberi i beni ipotecati o ha dichiarato ipoteche minori di quelle che esistevano, conosceva la esistenza di queste ipoteche; imperocchè se mai le ignorasse, ciocchè ben può darsi in molte circostanze, o perchè fosse un' ipoteca legale non iscritta costituita dal precedente proprietario, o una ipoteca ordinaria, che si ha ora il dritto d' iscrivere fra quindici giorni dalla trascrizione del contratto dell' acquirente, in virtù dell' art. 834 c. pr. = *917 ll. pr. civ.*, è chiaro che non sarebbe reo di stellionato, poichè non sarebbe di mala fede (1).

(1) Così giudicato parecchie volte, specialmente dalla Corte di Parigi gli 8 febbraro 1813 (*Sirey*, 1813, 2, 268) e dalla Corte di Tolosa nel 16 gennaro 1829; *Sirey*, 1829, 2, 201.

443. E siccome non è permesso di estendere le disposizioni della legge in questa materia, neanche dovrebbesi riguardare come reo di stellionato colui il quale ipotecando un immobile si limitasse a non parlare delle ipoteche di cui fosse gravato, e di cui avesse conoscenza, salvo quanto è detto nell' art. 2136 c. c. = *2022 ll. cc.* pel caso in cui il marito o il tutore, i quali avendo mancato di fare eseguire la iscrizione ordinata dalla legge, han costituito o lasciato prendere privilegi o ipoteche sopra i loro immobili, senza dichiarare espressamente che i detti immobili erano gravati d' ipoteca legale della moglie o del minore: ciocchè li fa reputare rei di stellionato. E si osservi che a fin di essere il marito o il tutore reputato reo di stellionato è d' uopo che non abbia fatto prendere l' iscrizione dell' ipoteca legale sull' immobile che egli ipoteca ad un terzo; giacchè se tale iscrizione sussistesse, il silenzio da lui osservato su questa ipoteca non basterebbe, anche ai termini del detto art. 2136, perchè fosse reputato reo di stellionato; bisognerebbe inoltre perchè fosse tale, che avesse presentato l' immobile come libero, o che avesse dichiarato ipoteche minori di quelle esistenti: allora sarebbe nel caso letteralmente preveduto dall' art. 2059 c. c. = *1934 ll. cc.*

444. Per effetto della medesima regola, non puossi riguardare come reo di stellionato colui che vende un immobile a lui appartenente senza dichiarare all' acquirente le ipoteche di cui è gravato, an-

corchè ne abbia conoscenza, e quando anche avesse ricevuto il prezzo della vendita, praticando la medesima dissimulazione. In fatti non è egli in alcuno de' casi preveduti nel citato art. 2099; imperocchè altro è vendere un immobile ipotecato senza dichiarare le ipoteche, quantunque si conoscano, altro è vendere o ipotecare un immobile di cui taluno sa non essere proprietario, o di asserire come liberi i beni ipotecati, o dichiarare ipoteche minori di quelle alle quali i beni son soggetti (1). E quando anche fosse un marito o un tutore, e non avesse preso l' iscrizione voluta dalla legge, nè tampoco sarebbe reputato reo di stellionato, poichè l' art. 2136 c. c. = *2022 ll. cc.* non reputa tale che il marito o il tutore il quale non avendo chiesto e fatto prendere l' iscrizione ordinata dalla legge, *abbia costituito o lasciato prendere privilegi o ipoteche, senza dichiarare l' ipoteca della moglie o del minore*, e non il marito o il tutore che vende un immobile senza fare questa dichiarazione. La pubblicità del nostro sistema ipotecario, e la facoltà che ha il compratore dell' immobile di non pagare se non dopo di aver adempito le formalità della purgazione (art. 1653 c. c. = *1499 ll. cc.*), non dovettero permettere in fatti di considerare il venditore in questi casi così degno di rigore come in quelli preveduti negli art.

(1) *V.* in questo senso la decisione della Corte d' Aix del 3 gennaro 1813; *Sirey*, 1813, 2, 261.

2059 e 2136 c. c. = *1934 e 2022 ll. cc.*, malgrado la sua dissimulazione, poichè essa ha generalmente conseguenze meno pericolose pel compratore.

445. Ma colui il quale, marito, tutore o altro, venda un immobile dichiarandolo libero d' ipoteca, mentrechè n' è gravato, ed egli lo conoscesse, è reo di stellionato, secondo l' art. 2059 c. c. = *1934 ll. cc.*; giacchè è vero il dire in tal caso *di aver egli asserito come libero* un immobile il quale era ipotecato: or quest'articolo non fa distinzione alcuna tra il caso in cui l' immobile vien asserito libero per vendersi e il caso che vien asserito tale per soggettarsi all' ipoteca, e ciò con ragione, poichè il compratore può pagare in contante tutta o parte del prezzo, paga necessariamente le spese legittime del contratto, ed è quindi così esposto ad una perdita per effetto della mala fede del venditore, come lo sarebbe un mutuante a cui si asserisse come libero un immobile gravato d' ipoteca.

446. Ma *quid* del caso in cui chi dà un immobile *in permuta* con un altro, sappia che quell' immobile non gli appartiene? L' art. 2059 c. c. = *1934 ll. cc.* non parla di colui il quale dà in permuta un immobile che sa non appartenergli, ma di colui che lo vende o lo ipoteca, ed in questa materia, interamente rigorosa, non puossi procedere per analogia di un caso ad un altro; salvo al tribunale, essendovi evizione, di pronunziare, se lo stimi convenevole, l' arresto personale per danni ed interessi maggiori di 300 franchi, in virtù

dell' art. 126 c. pr. = *220 ll. pr. civ.* Ma nella specie non crediamo che sia rigorosamente tenuto a pronunziarlo, come lo dovrebbe se si trattasse di una vendita. Altronde l' evizione nel caso di permuta ha generalmente conseguenze meno gravi pel permutante, che non ne ha per un compratore; giacchè può domandare l' immobile da lui dato in permuta (art. 1705 c. c. = *1551 ll. cc.*), in vece che un compratore evinto è esposto a perdere per effetto della insolvibilità del venditore, il prezzo da lui pagato. Questa importante differenza dunque potè determinare i compilatori del Codice a non assimilare rispetto allo stellionato il caso di permuta a quello di vendita. Almeno non se ne parlò, e il loro silenzio deve interpetrarsi favorevolmente, soprattutto a fronte dell' art. 2063 c. c., che dice, fuori de' casi *determinati* dagli articoli precedenti ....., è vietato a tutti i giudici di pronunziare l' arresto personale. Importa poco che ai termini dell'art. 1707 c. c. = *1553 ll. cc.*, le regole sul contratto di vendita, eccetto quelle spiegate negli articoli precedenti, sieno applicabili al contratto di permuta; con ciò s' intendono le regole del contratto di vendita, e non quelle riguardanti l'arresto personale, che forma una materia tutta diversa (1).

---

(1) Nulladimeno nel caso in cui un individuo avesse permutato un immobile con un altro, sapendo che non n' era proprietario che pei quattro quinti soltanto, la Corte di Lione fondandosi sugli art. 1599 e 2059 c. c. = *1444 e 1934 ll. cc.*, pronunziò sulla istanza dell' altra parte lo scioglimento del contratto, con la condanna a 3,000 fr. di danni ed interessi, ed all'*arresto personale* per causa di

447. Anche nel caso in cui sia stato venduto un immobile come franco e libero da ipoteche, e che nondimeno n'era gravato, ed era ciò noto al venditore, costui non dev'esser tenuto con arresto personale come reo di stellionato, se le ipoteche sieno estinte con pagamento o in altro modo: deve soltanto, sotto pena di danni ed interessi, procurare al compratore la cancellazione delle iscrizioni (1). Per la medesima ragione un debitore non potrebbe essere astretto con arresto personale come reo di stellionato per aver prontamente dichiarato ipoteche minori di quelle che realmente esistevano, se ha ottenuto la cancellazione di quelle da lui non dichiarate. Niuno de' due infatti cagionò colla sua falsa dichiarazione alcun danno a colui col quale contrattò. Col fatto questa falsa dichiarazione è indifferente.

448. Ma fu giudicato che chi aveva scientemente ipotecato un immobile di poco valore appartenente ad altra persona, con altri fondi di molto valore ed a lui appartenenti, non potè evitare l'arresto personale, anche offrendo al credito-

---

stellionato; ed è anche da osservarsi che nella specie il convenuto *dopo la dimanda giudiziale* erasi accordato col suo comproprietario, talmente che era cessato ogni pericolo di evizione; ed il ricorso prodotto contro questa decisione fu rigettato nel 16 gennaro 1810; *Sirey*, 1810, 1, 204. Ma noi non opiniamo così rispetto all' arresto ordinato dalla legge.

(1) Così giudicato dalla Corte di Lione, e con molta ragione, nel 3 aprile 1827; *Sirey*, 1827, 2, 203.

Lo stesso fu giudicato dalla Corte di Torino nel 28 aprile 1808; *Sirey*, 1812, 2, 202.

re di pagargli il valore dell' immobile di cui non era proprietario; e di più che non poteva essere astretto personalmente pel valore di questo immobile, ma per tutto il credito. Decisione della Corte di Roven del . . . . ., confermata in cassazione con arresto del 19 giugno 1816 (1). Ma convien confessare che nella specie la decisione fu molto rigorosa, giacchè si trattava di una casa del valore di 3,000 franchi soltanto, venduta dal debitore da due anni, ed ipotecata con altri beni del valore di 200,000 fr., e per un creditore non maggiore di 60,000 fr. Servì di motivo la regola delle indivisibilità dell' ipoteca ed il prescritto dell' art. 2059 c. c. = *1934 ll. cc.* che accordando l'arresto personale per istellionato in materia d'ipoteca, ebbe per iscopo di reprimere questo delitto, dando al creditore questa garantia per sicurezza del debito e della fede promessa; donde segue, si disse, che quando v' ha stellionato, sia per lo intero, sia per una parte soltanto della cosa ipotecata, si acquista il dritto di domandare l'arresto personale per lo intero debito, e non può essere limitato al valore della cosa illegalmente ipotecata. Questa decisione, giova ripeterlo, è infinitamente rigorosa per non dir altro.

Volendola ammettere, ne risulta che se una vedova in comunione di beni ipoteca come di proprietà di lei i beni della comunione non ancora di-

---

(1) *Sirey*, 1817, 1, 32.

visi tra lei e gli eredi di suo marito, ella è rea di stellionato qualora per effetto della divisione questi beni, o alcuni di essi, vadano a cadere nella porzione dei summentovati eredi (1).

Ed anche prima della divisione può ella ancora essere convenuta come rea di stellionato, poichè non è proprietaria che di una parte soltanto de' beni ipotecati, e per effetto della divisione può accadere che a lei ne tocchi soltanto una parte, ed anche nulla.

449. Ma *quid* di colui il quale ipotecando un immobile, dichiari ipoteche minori di quelle esistenti, in un caso in cui l' immobile presentasse allora un valore più che bastante pel pagamento di tutti i debiti ipotecarî compresovi il nuovo? La legge 36, § 1, ff. *de Pignorat. act.* dichiara di non esservi stellionato, perchè per esistere è d'uopo, dice questa legge, il concorso della doppia circostanza, della mala fede del debitore e di un danno sofferto dal creditore; e Domat era dello stesso parere, motivandolo su tal ragione. Può benanche darsi nella specie, che il debitore non abbia avuto l' intenzione d' ingannare il creditore, essendo sicuro che il fondo basterebbe ad esuberanza pel pagamento di tutti i debiti ipotecarî, ma occultando nulladimeno uno di questi debiti, perchè molte persone non voglion dare a mutuo se non qua-

(1) *V.* la decisione della Corte di Colmar del 31 maggio 1820; *Sirey*, 1821, 2, 181.

lora sieno i primi a cui vien costituita un' ipoteca.

Delvincourt credeva applicabile anche vigente il Codice la disposizione della legge romana, specialmente, egli dice, nel caso in cui si trattasse di un podere il cui valore non può diminuire in modo considerevole; ma che se l' oggetto fosse una casa, siccome sarebbe possibile ch'essa soffrisse grandi deteriorazioni, e che fosse ancora distrutta per incendio, il creditore potrebbe sostenere che egli diede a mutuo sol perchè era il primo ipotecario, e che in questo caso avrebbe avuto il suolo per sua sicurezza; finalmente quell' autore opinava che anche allora la quistione sia tutta nelle attribuzioni del magistrato.

Noi per lo contrario portiam parere ch'essa sia formalmente decisa contra il debitore dall' art. 2059 c. c. = *1934 ll. cc.*; imperocchè non è indifferente di essere il secondo o il primo in ordine d'ipoteca. Nella specie giudicata dalla Corte di Rouen, e quindi dalla Corte di cassazione, era ben questo il caso di accogliere l'eccezione del debitore, poichè egli offriva di pagare il valore dell'immobile ipotecato al suo debito e che non gli apparteneva, il quale immobile non era che del valore di 3,000 fr. soltanto compreso in una ipoteca che gravitava sopra 200,000 fr. di beni, e per un credito non maggiore di 60,000 fr.; e nulladimeno questa eccezione fu rigettata. Se noi stessi portiamo contrario parere, e colla giurisprudenza, nel caso in cui il debitore mostri di aver tolto le ipoteche da lui

dissimulate, si è che effettivamente in questo caso non rimane al creditore alcun pretesto di dolersi; ma nella specie in quistione non si produce la liberazione dalla ipoteca dissimulata, ed essa è anteriore a quella del creditore; che gli si esibisca, e non avrà in effetti più il dritto di conchiudere per l'arresto personale. Si aggiunga che, ai termini degli art. 2104 e 2105 c. c. = *1973 e 1974 ll. cc.*, tutti i creditori privilegiati dell' art. 2101 c. c. = *1970 ll. cc.* sono pagati in preferenza degli altri creditori aventi anche privilegio sull'immobile, e per ciò in preferenza de' creditori semplicemente ipotecarî, i quali sono anch' essi primeggiati dai privilegiati (art. 2095 c. c. = *1965 ll. cc.*): or il debitore lo sapeva o doveva saperlo, e dissimulando ipoteche che debbono essere anteriori a quelle del suo creditore, dovette pensare che esponeva costui a soffrire un danno, non solamente per effetto della prelazione di queste ipoteche, ma ancora di quella accordata a tutti i creditori di cui parla l' art. 2101 qui sopra citato.

450. Dal nostro art. 2059 evidentemente risulta che non v'è mai stellionato in materia di mobili, abbenchè colui che ha comprato una cosa mobile rubata o perduta sia esposto all' azione di rivendicazione pel corso di tre anni dal giorno della perdita o del furto, senz' aver anche il dritto di farsi rimborsare il prezzo della compra dal proprietario, se non l'abbia comprato in una fiera o mercato, ovvero in occasione di una vendita pubblica,

o da un mercante venditore di simili cose; salvo il suo regresso contra colui dal quale l'ha ricevuto; art. 2279 e 2280 c. c. = *2185 e 2186 ll. cc.* insiem combinati. Non si vollero moltiplicar di vantaggio i casi di stellionato.

451. Vigente *il Codice de' delitti e delle pene* del 3 nebbioso anno IV, fu giudicato che non potevasi procedere contra lo stellionato per via di polizia correzionale (1); e nondimeno le disposizioni del Codice, un poco vaghe a tal riguardo, potevano lasciare qualche incertezza. Ma sotto l'attuale Codice penale, il quale col suo art. 405 c. c. = *430 n.° 5 ll. pen.* definisce con maggior chiarezza il delitto di *scrocco*, veruna caratteristica del quale conviene allo stellionato, egli è certo che tal fatto non può essere giudicato se non dai tribunali civili, i quali, qualora sia esso dimostrato, debbono pronunziare l'arresto personale, se pur tuttavolta ancora la somma ascenda almeno a tre cento franchi, come lo spiegheremo in appresso. In modo che non puossi riguardare lo stellionato come un *delitto* propriamente detto, poichè non è colpito da alcuna pena, ma soltanto l'arresto personale, il quale non è una *pena*, ma un *mezzo di esecuzione*, e da cui ognuno può liberarsi col pagamento del debito.

452. Il secondo caso in cui la legge medesima

---

(1) Arresto della Corte di cassazione del 2 marzo 1809. *Giornale di giurisprudenza del Codice civile*, tomo XIII, pag. 91.

ordina l' arresto personale in materia civile ordinaria è quello *del deposito necessario*; art. 2060 c. c. = *1934 n.° 2 ll. cc.* Si credette dover dare questa garantia a colui il quale è obbligato a fare un deposito in una malaugurata circostanza, in cui non è in suo potere lo scegliere il depositario.

453. E viene assimilato a questo deposito quello degli effetti portati dal viaggiatore in un albergo o in un' osteria (art. 1952 c. c. = *1824 ll. cc.*); ed i vetturali per terra o per acqua son soggetti, per la custodia e conservazione delle cose loro affidate, alle medesime obbligazioni degli osti, di cui parlasi nel titolo *del Deposito o del sequestro*; art. 1782 c. c. = *1628 ll. cc.* Gli uni e gli altri adunque posson venire astretti coll' arresto personale come depositarî necessarî: la conseguenza è innegabile.

454. Siccome ai termini dell' art. 1945 c. c. = *1817 ll. cc.*, posto sotto ad una delle sezioni *del deposito volontario*, il depositario *infedele* non è ammesso al beneficio della cessione, è chiaro che può per la medesima ragione essere astretto *personalmente*, come il depositario necessario, poichè il beneficio di cessione ha per oggetto di liberare da tale arresto; art. 1270 c. c. = *1224 ll. cc.* Noi già più sopra spiegammo questo punto, n.° 69, e nel tomo XII, n.° 271, ove facciamo in oltre osservare, che sarebbe troppo rigoroso, malgrado la generica disposizione dell' art. 2060 n.° 1, di pronunziare l' arresto personale contra il depositario necessario, nel caso in cui fosse personalmente

estraneo al fatto di sottrazione, di perdita o di deteriorazione della cosa depositata, ed in cui tuttavolta sarebbe civilmente risponsabile, perchè il fatto fosse stato cagionato da qualche persona di sua casa; ma che se vi sia stata colpa da sua parte nella perdita o nella deteriorazione delle cose depositate, perchè non è stato abbastanza vigilante sulle persone di sua casa le quali le hanno distratte o deteriorate, può essere astretto con arresto personale, quando anche non avesse commesso alcuna frode o infedeltà propriamente detta: diversamente non vi sarebbe, sotto il riguardo dell'arresto personale, alcuna differenza tra lui e il depositario ordinario, mentrechè evidentemente il Codice ne volle stabilir una, poichè non pronunzia testualmente l'arresto che nel caso *del deposito necessario.* Se dunque il depositario ordinario abbia soltanto commesso qualche colpa o negligenza che lo renda risponsabile della perdita o della deteriorazione della cosa depositata, e non d'infedeltà, ai termini del Codice non può essere tenuto con arresto personale; solamente il tribunale in virtù della disposizione generale dell'art. 126 c. pr. = *220 ll. pr. civ.*, può pronunziare contro di lui l'arresto per danni e interessi maggiori di trecento franchi; ma non è tenuto a farlo, e generalmente ancora non deve farlo, ammenochè gravissima non sia la colpa apposta al depositario.

455. Il terzo caso è quello di reintegra, pel rilascio giudizialmente ordinato di un fondo il cui

proprietario fu spogliato per via di fatto; per la restituzione de' frutti raccolti durante l'indebito possesso, e per lo pagamento de' danni ed interessi aggiudicati al proprietario; art. 2059 c. c.=*1934 n.° 3 ll. cc.*

La reintegra è il nome speciale dell'azione possessoria accordata a colui al quale fu tolto il possesso di un fondo per via di fatto o violenza, tanto che egli fosse proprietario quanto che fosse semplicemente possessore (art. 23 c. pr. = *127 ll. pr. civ.*): quindi le espressioni, *il cui proprietario ec.* debbonsi intendere in un senso semplicemente spiegativo; qui si tratta *del possessorio*, e non *del petitorio*, caso regolato dall' art. 2061 c. c. =*1935 ll. cc.*; e colui il quale vien giudicato possessore regolare è considerato come proprietario, finchè una sentenza profferita nel petitorio, una sentenza in un' azione per rivendicazione, non abbia diversamente deciso. Ed in tal caso questa sentenza non può essere pronunziata che dopo quella ch' è stata profferita nel possessorio, poichè il petitorio e il possessorio non possono mai cumularsi (art. 25 c. pr. = *129 ll. pr. civ.*), ed il reo convenuto nella causa del possessorio non può fare le sue difese sul petitorio, finchè non abbia pienamente soddisfatto a tutte le condanne contro di lui pronunziate nel possessorio; art. 27 *ibid.* = *131 ibid.*

Ma in questo caso qual'è il giudice che pronunzia l'arresto personale? È evidentemente il giudice di pace, poichè si tratta di un'azione possesso-

ria, e dopo la legge de'24 agosto 1790, la quale istituì la giurisdizione de' giudici di pace, le azioni possessorie sono nelle attribuzioni di questi giudici (ciocchè vien confermato dal Codice di procedura, art. 3, 23 e seguenti = *103 e 127 e seguenti ll. pr. civ.*), salvo l'appello ai tribunali di prima istanza. Questi medesimi tribunali non giudicavano in primo grado di siffatte specie di azioni, e l'arresto personale dev'esser pronunziato colla sentenza stessa che pronunzia sulla reintegra, a differenza del caso preveduto dall'art. 2061 c. c. = *1935 ll. cc.*, in cui la sentenza sia stata profferita nel petitorio, sopra un'azione per rivendicazione, ed in cui soltanto nel caso di rifiuto della parte succumbente di rilasciare il fondo nei quindici giorni dalla intimazione fatta alla persona o al domicilio, può essere essa condannata con arresto a farlo, ed *in virtù di una seconda sentenza.* L'attore per reintegra non può dunque attendere, per domandare l'arresto personale, che la causa sia portata in appello innanzi al tribunale di prima istanza, poichè è in facoltà del convenuto, il quale succumbe, di produrre oppur no appellazione, ed egli attore non potrebbe avere interesse ad appellare che rispetto all'arresto, e soltanto nella supposizione che il giudice di pace non fosse competente a pronunziarlo: or il Codice civile non dice che in questo caso dovrà esserlo dal tribunale di prima istanza, ma si limita a prevedere il caso di reintegra, pel rilascio *giudizialmente ordinato* di

un fondo il cui proprietario fu ingiustamente spogliato per via di fatto; ed appresso (art. 2067 c. c. = *1937 ll. cc.*) soggiunge che non può ordinarsi l' arresto personale, se non in virtù di una sentenza, anche nei casi nei quali è autorizzato dalla legge: or nella specie lo è con una sentenza, e pel caso del rilascio *giudizialmente ordinato* di un fondo il cui proprietario fu spogliato per via di fatto. Altronde è nelle regole, perchè l' arresto personale non è che un mezzo di esecuzione delle sentenze, che il giudice di pace sia competente a pronunziarlo, per far eseguire la sua: in somma il Codice non contiene alcuna disposizione la quale dia luogo a credere che l' attore per reintegra sia obbligato, dopo aver ottenuto la sentenza che lo rimette nel possesso, di ricorrere al tribunale di prima istanza, e con una nuova azione ad oggetto di ottenere l' arresto personale per far eseguire le condanne da lui ottenute, e che il giudice di pace ha avuto indubitatamente il potere di pronunziare.

456. Il quarto caso è per la restituzione del denaro consegnato a persona pubblica a ciò destinata; art. 2060 c. c. = *1934 ll. cc.* È questo in qualche modo un deposito necessario; poichè non se ne può fare la consegnazione in altre mani. Ed è da osservarsi che l'arresto personale non ha luogo soltanto a vantaggio di colui che ha fatto la consegnazione, e che per una cagion qualunque volesse e potesse riprendere il suo; ma anche a

favore dell' altra parte, poichè il consegnatario è un depositario stabilito dalla legge tanto nell'interesse dell' una che dell' altra : l' azione di deposito appartiene all' una del pari che all' altra.

457. Il quinto caso è per la esibizione delle cose depositate presso i consegnatarî, commessarî ed altri custodi giudiziarî; *ibid.*

458. Sesto, contra gli ufiziali pubblici per non voler presentare le loro minute, quando venga ciò ordinato dal magistrato *(ibid.)*, nonchè quando ricusano di dare la spedizione di un atto richiesto dalle parti interessate direttamente, o dai loro aventi causa; art. 839 c. pr. = *922 ll. pr. civ.*

Diciamo *direttamente*, poichè chi non è interessato direttamente in un atto, o per sè stesso o come erede, non può farsene rilasciare un estratto o una spedizione se non per via di compulsoria, come è stabilito nell' art. 846 e seguenti c. pr.

459. Settimo, contra i notai, patrocinatori ed uscieri per la restituzione de' documenti ad essi affidati, e del denaro ricevuto per conto de' loro clienti in conseguenza delle loro funzioni; art. 2060 c. c. = *1934 ll. civ.* Le parole *per conto de' loro clienti* s' intendono tanto de' casi in cui il denaro sia stato affidato dal cliente, e per esser dato o pagato ad un terzo, quanto del caso in cui sia stato consegnato da un terzo al funzionario di una di queste qualità per essere pagato al suo cliente. Per esempio, se io do denaro ad un usciere per fare offerta reale al mio creditore, ed egli in ve-

ce di adempiere all' incombenza, spende il denaro per suo profitto, è chiaro di poter essere tenuto con arresto personale a mia istanza, come se avendo avuto incarico da me di fare un pignoramento al mio debitore, non mi desse la somma che gli avesse costui pagato per evitare il pignoramento. Avvien lo stesso se avendo fatto un acquisto con atto rogato da notaio, io consegno a questo notaio la somma necessaria per pagare i dritti di registro dell' atto, ed in vece di farlo registrare egli si ritenga o spenda il denaro. La regìa indipendentemente dall' azione che le leggi *sul Registro* le accordano contro al notaio, qualora costui non abbia fatto registrare l' atto nel termine stabilito da tali leggi medesime, la regía, diciamo, ha azione contro di me, e per la medesima ragione anch' io ho azione contra il notaio, e col dritto di conchiudere per lo arresto personale.

Ma se ho fatto un deposito volontario nelle mani di un notaio, costui, giusta la sola disposizione da noi ora spiegata, non può essere astretto con arresto personale per aver mancato di restituire tal deposito, imperciocchè non lo ha egli ricevuto per effetto delle sue funzioni. Così giudicò implicitamente, è vero, ma assai chiaramente però la Corte di cassazione in una specie in cui si trattava di somme provenienti da una vendita di cui il notaro aveva ricevuto incarico, e che egli aveva distornate. Il ministero pubblico procedette contro di lui criminalmente per aver distornato danari affidatigli

nella sua qualità di funzionario pubblico, ma la Camera di sottoposizione ad accusa della Corte reale di Bordò lo assolvette pel motivo che non poteva essere reputato depositario pubblico circa al fatto di cui si trattava; e sul ricorso per cassazione prodotto dal procuratore generale presso la detta Corte, quella di cassazione rigettò il ricorso in questi termini;

« La Corte, visti gli atti del processo e la me-
« moria prodotta dal ricorrente in sostegno del suo
« ricorso;

« Considerando che niuno può essere depositario
« pubblico che in virtù della legge, e per le cose
« da essa indicate;

« Che non avendo la legge dato incarico ai no-
« tai che del deposito delle minute degli atti i quali
« son rogati da essi in qualità di notai, ed in nes-
« sun modo del deposito de' denari de' privati o
« de' biglietti e lettere di cambio rappresentanti que-
« ste somme, ne emerge che rispetto a tali oggetti
« non possono essere considerati come depositarî
« pubblici, nè per conseguenza sottoposti alle pe-
« ne stabilite dai diversi articoli del Codice pena-
« le, circa ai misfatti e delitti commessi dai pub-
« blici depositarî;

« Che non possono essere reputati pubblici de-
« positarî tanto nel caso in cui avessero ricevuto
« il deposito in virtù di una clausola contenuta
« nell' atto stipulato innanzi ad essi in qualità di
« notari, quanto nel caso in cui avessero ricevuto

« il deposito indipendentemente da questa clauso-
« la, poichè nell' uno e nell' altro caso non sono
« depositarî che per la sola volontà delle parti, e
« non già in virtù di una delegazione della legge;

« Che ne segue che non avendo la camera di ac-
« cusa della Corte di Bordò applicato al notaro D...
« le disposizioni del Codice penale riguardanti i
« pubblici depositarî, si è perfettamente unifor-
« mata alla legge;

« Considerando del resto che la decisione impu-
« gnata è regolare nella forma, e che altronde non
« lede le regole di competenza stabilite dalla leg-
« ge, rigetta. » Del 13 aprile 1813; *Sirey*, 1817,
1, 24.

Siffatto arresto giudica dunque chiaramente che un notaro non si reputa pubblico depositario per ragione de' depositi volontarî che le parti fanno in sua mano, quando anche il denaro avesse avuto una destinazione speciale espressa nell' atto da lui rogato; e per conseguenza non è nel caso previsto nel n.° 7 dell' art. 2060 c. c. = *1934 ll. cc.* Debb'esser lo stesso, per lo medesimo motivo, del patrocinatore al quale io ho consegnato denaro perchè tenti un accomodo col mio avversario; giacchè tale deposito non è una conseguenza delle sue funzioni, poichè avrei io potuto dare tale incarico a tutt' altri che ad un patrocinatore.

Ma se questo notaio e questo patrocinatore non possono essere astretti coll' arresto personale come pubblici depositarî, ed in virtù dell' art. 2060 in-

nanzi citato, possono tuttavolta considerarsi come depositarî, e depositarî infedeli: or l'art. 1945 c. c. = *1817 ll. cc.* li suppone per tal motivo soggetti all' arresto personale, poichè nega il beneficio di cessione al depositario infedele; ed in fatti posson essere arrestati per ragione del delitto di abuso di fiducia che abbian commesso, e pel quale puossi contro di loro procedere in linea di polizia correzionale, in virtù dell' art. 408 c. pen. = *430 n.° 4 ll. pen.*, giacchè l' art. 52 del medesimo Codice (= *48 ll. pen.*) dice che l' esecuzione delle condanne all' ammenda, alle restituzioni, ai danni e interessi ed alle spese, potrà esser fatta col mezzo della coazione personale. In fatti convien osservare che il surriferito arresto ha escluso soltanto, nella specie di cui trattava, l' applicazione delle pene stabilite contra i pubblici depositarî che distraggano il danaro ad essi affidato in siffatta qualità, disposizioni ben diverse da quelle del qui sopra citato art. 408 c. pen., in quanto che stabiliscono pene infinitamente più gravi. Ed è ancora da osservarsi che l' arresto personale ha luogo in materia criminale e correzionale, per una somma maggiore di trecento franchi, come si vedrà più appresso; mentrechè in materia civile ordinaria non può essere pronunziato per una somma minore di trecento franchi. Di più, siccome giusta l'art. 126 c. pr. = *220 ll. pr. civ.*, i tribunali civili *possono* pronunziare l' arresto personale per danni e interessi in materia civile, eccedenti la somma di tre-

cento franchi, e che il notaro o il patrocinatore nelle specie surriferite sono evidentemente soggetti ai danni ed interessi, eglino potrebbero per la ragion medesima essere condannati all' arresto dal tribunale civile, se la somma eccedesse trecento franchi.

460. Si può in ottavo luogo ordinare l' arresto personale contra gl' incantatori a voto per lo pagamento del di più del prezzo su quello della rivendita; art. 712 e 744 c. pr.=*796 e 828 ll. pr. civ.*

461. Nono, contra il debitore cui siasi sequestrato l' immobile, quando non se ne rilasci il possesso subito dopo la notificazione della sentenza di aggiudicazione; art. 714 *ibid.* =*798 ibid.*

462. E decimo finalmente, contra lo stesso per causa di danni ed interessi risultanti da deteriorazioni da lui fatte sull' immobile sequestrato dopo l' epoca della denunzia del sequestro; art. 690 *ibid.*= *768 ibid.*

Parleremo in appresso dell' arresto personale stabilito dalla legge medesima contra il debitore straniero.

§ II.°

De' casi in cui l' arresto personale può essere ordinato dal giudice in materia civile ordinaria.

SOMMARIO

463. L' arresto personale può essere ordinato dal giudice nei seguenti casi :

1.° Coloro che con una sentenza profferita in petitorio (1) e passata in giudicato essendo stati condannati a rilasciare un fondo, ricusino di obbedire, *possono* con una seconda sentenza essere astretti colla coazione personale quindici giorni dopo la intimazione della prima sentenza fatta a persona o a domicilio.

Se il fondo o il podere sia lontano più di cinque miriametri dal domicilio della parte condannata, si aggiunge al termine di quindici giorni un giorno per ogni cinque miriametri ; art. 2061 c. c. = *1935 ll. cc.*

---

(1) Cioè che ha giudicato sulla proprietà, a differenza delle sentenze in possessorio, a cagion d' esempio nel caso di reintegra, di cui si parlò più innanzi, le quali sentenze pronunziano sempre sul possessorio, sul possesso.

Laonde conviene che la sentenza la quale condanni a rilasciare il fondo sia passata in giudicato: finchè si possa produrre opposizione o appello, la disposizione non è ancora applicabile. Se dunque la sentenza fosse soltanto capace di opposizione, ma non di appello, perchè fosse stata profferita in contumacia ma in ultima istanza, attesochè il fondo non sarebbe di una rendita maggiore di cinquanta franchi, o in prodotti o in estaglio (1), il termine di quindici giorni di cui abbiam fatto parola non decorrerebbe dalla intimazione della sentenza a persona o a domicilio, ma soltanto dal giorno in cui non potesse più ammettersi l' opposizione, secondo che la parte avesse oppur no costituito patrocinatore; art. 155, 157 e 159 c. pr. = *249, 251 e 253 ll. pr. civ.*, insieme combinati.

Se la sentenza sia stata profferita in prima istanza soltanto, e contraddittoriamente, il termine per interporre appello è di tre mesi a contare dalla notificazione fatta a persona o a domicilio (art. 443 *ibid.* = *507 ibid.*); e se sia stata profferita in contumacia, il termine di tre mesi non comincia a decorrere che dal giorno in cui non fosse più ammissibile l' opposizione; *ibid.* Se vi sia dunque appello, il termine di quindici giorni di sopra mentovato non potè cominciare a decorrere se non dal giorno che fu notificato alla persona o al domici-

(1) Legge del 24 agosto 1790, tit. 4, art. 5; e legge del 27 ventoso anno VIII, art. 7.

lio la decisione di conferma; e se la decisione sia stata profferita in contumacia, questo termine non cominciò a decorrere che dal giorno in cui non potette essere più ammessa l' opposizione, o dalla notificazione fatta a persona o a domicilio della decisione che la rigettò. Se la parte condannata avesse rinunziato al suo appello, il termine di quindici giorni sarebbe decorso dal giorno della rinunzia. Finalmente supponendo in contraddittorio la sentenza, e in prima istanza, e notificata, diventa esecutoria (450 *ibid.* = *514 ibid.*) otto giorni dopo la notificazione, salvo che l'appello interposto sospende l' esecuzione (art. 457 *ibid.* = *521 ibid.*); ma non devesi da ciò conchiudere che il termine di quindici giorni dell' art. 2061 c. c. = *1935 ll. cc.* sarebbe decorso dal giorno della notificazione, nel caso in cui la parte condannata non avesse ancor creduto di dover produrre appello; giacchè quest'articolo non soggetta all' arresto personale se non coloro i quali furono condannati *con una sentenza passata in giudicato* a rilasciare un fondo, e che ricusano di ubbidire: or nella specie la sentenza non è passata in giudicato finchè la parte ha la facoltà di appellarne; poco importa che otto giorni dopo la intimazione possa essere convenuta per la esecuzione finchè non produca appello: ciò non fa che la sentenza sia passata in cosa giudicata.

Dalla differenza di compilazione del n.° 2 dell' art. 2060 e dell' art. 2061 si scorge, che nel caso di reintegra il giudice non può dispensarsi di pro-

nunziare l' arresto personale, se venga domandato dall' attore; mentrechè nel caso di rivendicazione, preveduto dall' art. 2061, non è tenuto a pronunziarlo sebbene gli venga domandato dopo il termine stabilito da questo articolo; imperocchè può darsi che qualche particolar circostanza militi a favore della parte condannata a rilasciare il fondo, e che le abbia impedito di eseguire la sentenza: per esempio, un' assenza, una malattia; se fosse una casa, una bottega, l' impossibilità di trovare all' istante un' altra casa o un'altra bottega; mentrechè il possessore violento non merita alcuna indulgenza. Si scorge altresì che nel caso di reintegra la legge pronunzia l' arresto personale per la restituzione dei frutti raccolti durante l'indebito possesso, come pure per lo pagamento de' danni e interessi, mentrechè l' art. 2061 non parla di questi oggetti, perchè in fatti il convenuto potè avere fin dal principio un possesso in buona fede, per esempio perchè comprò l' immobile ignorando di appartenere ad altri: in questo caso è egli condannato alla restituzione de' frutti raccolti dopo che fu costituito in mala fede, cioè dopo che conobbe i vizî del suo titolo (art. 549 e 550 c. pr. = *639 e 640 ll. pr. civ.* insiem combinati), ma non vi è condannato con arresto personale. Però circa ai danni ed interessi ai quali potrebbe essere condannato per deteriorazioni commessi posteriormente alla domanda, il tribunale, in virtù dell'art. 126 c. pr. = *220 ll. pr. civ.*, può condannarlo con coazione personale, se la somma

ecceda trecento franchi. Finalmente, come fu da noi detto più sopra, una terza differenza tra i due casi, è che nel primo la coazione personale vien pronunziata dalla sentenza medesima che giudica sulla reintegra, mentrechè nel secondo non può esserlo che con un'altra sentenza, e qualora la parte condannata nel petitorio ricusi di adempiere alla condanna nel termine stabilito.

464. 2.° Contra i fittaiuoli ed i coloni parziarî, se in fine dell'affitto non rassegnino il bestiame dato loro a soccio, le sementi e gl' istrumenti aratorî che sono stati loro affidàti, purchè non provino che la mancanza di tali cose non derivi dal fatto loro; art. 2062 c. c. = *1935 ll. cc.*

465. 3.° Contra colui che tenuto a dar conto, manca di esibirlo nel giorno stabilito ed indicato dal giudice commessario. In questo caso l' arresto personale può aver luogo sino alla concorrenza di una somma che il tribunale determinerà col suo prudente arbitrio; art. 534 c. pr. = *617 ll. pr. civ.*

466. 4.° Per danni ed interessi liquidati; art. 126 *ibid.* = *220 ibid.*

467. 5.° Per residui di conti di tutela, cura, amministrazione di corpi e comunità, stabilimenti pubblici e di ogni altra amministrazione confidata giuridicamente, e per ogni restituzione da farsi in seguito di detti conti; *ibid.*

I giudici possono ne' casi contenuti ne' due numeri precedenti, nel pronunziare l' arresto, ordinare che se ne sospenda l'esecuzione per un tem-

po che essi fisseranno, scorso il quale l'arresto sarà eseguito senza nuova sentenza: tale sospensione sarà ordinata colla stessa sentenza di condanna (1), e dovrà enunciare i motivi di siffatta dilazione; art. 127 *ibid.*

468. 6.° Per lo pagamento dell' ammenda, dei danni ed interessi, ed anche dell'ammontare principale del debito, contra colui che ha negato un documento, allorchè la sua negativa sia stata giudicata mal fondata; art. 213 *ibid.* = *307 ibid.*

469. Ma giova l' osservare che nei casi in cui o il Codice civile o il Codice di procedura danno ai giudici la facoltà di pronunziare l' arresto personale, questi Codici suppongono tacitamente che la persona possa essere arrestata. Per tal ragione dunque fu giudicato dalla Corte di cassazione nel 28 maggio 1818 (2), che non aveva potuto pronunziarsi contra una donna per danni ed interessi eccedenti anche trecento franchi. In fatti l' art. 2066 c. c. = *1936 ll. cc.*, che vien dopo di quelli nei quali la legge medesima ordina l'arresto, dice che non può essere pronunziato contra i settuagenarî, contra le donne maritate e contra le nubili, se non nei casi di stellionato.

---

(1) In fatti dopo la pronunziazione della sentenza, il tribunale non può più nulla cangiarvi, se pur non sia per effetto di opposizione o di ricorso per ritrattazione.

(2) *Sirey*, 1818, 1, 335.

§ III.°

Casi nei quali le parti possono convenire l'arresto personale.

SOMMARIO

470. Le parti possono sottoporsi all' arresto personale in due casi soltanto (1).

Il primo è riguardo ai fideiussori giudiziarî ed

---

(1) È vero che l'art. 2063 c. c. permette ai Francesi di sottoporsi all'arresto *nei casi espressi negli articoli precedenti*, e questi casi sono più di *due*; ma leggendo attentamente questi medesimi articoli, si scorge agevolmente che eccettuati tali due casi, son essi estranei alla supposizione di una sottoposizione all' arresto personale. Ciò posto, le parti compromettendo non potrebbero autorizzare gli arbitri a pronunziare l'arresto, eccetto se si trattasse di un caso nel quale potette essere e fu l'effetto di una convenzione: come nel caso in cui un fittaiuolo siavisi soggettato col suo contratto, e faccia un compromesso sugli estagli. Ma se col contratto non si fosse convenuto l'arresto, il fittuale non potrebbe, compromettendo, autorizzare gli arbitri a pronunziarlo, poichè neanche lo potrebbe un tribunale medesimo.

Se si trattasse di un debito commerciale di dugento franchi almeno, somma per la quale la nuova legge *sull' arresto personale* lo pronunzia in materia di commercio, gli arbitri potrebbero ordinarlo anche quando le parti non ve gli avessero autorizzati col compromesso; imperocchè fanno essi le funzioni di un tribunale, e profferiscono una vera sentenza, poco importa che sia essa chiamata sentenza arbitrale. *V.* in tal senso la decisione della Corte reale di Parigi, confermata in cassazione con arresto del 1.° luglio 1823; *Sirey*, 1824, 1, 5.

ai fideiussori che possono essere astretti colla coazione personale, allorchè si son soggettati a questa coazione; art. 2060 n.° 5 c. c. = *1934 n.° 6 ll. cc.*

Circa ai fideiussori giudiziarî, noi ne parlammo più sopra nel titolo *della Fideiussione*, n.° 386, ove sostenghiamo, contra il parere di molte persone, che questi fideiussori non possono essere astretti colla coazione personale, del pari che quelli di coloro che anch'essi possono venire astretti in tal modo, se non quando siensi soggettati all' arresto; ma che il creditore possa domandare questa sottoposizione, se pure il debito ecceda trecento franchi.

471. Il secondo caso è quello de' fittaiuoli dei beni rustici, pel pagamento de' loro estagli; art. 2062 c. c. = *1935 ll. cc.* La poca garantia che sovente essi offrono fece autorizzare questa stipulazione. Ma non potrebbe stipularsi l' arresto personale per le pigioni delle case. In questi contratti di affitto il locatore ha la garantia de' mobili che guarniscono la casa; e generalmente sono essi bastanti pel pagamento delle pigioni; mentrechè i mobili di un colono sono generalmente di un valore inferiore all'estaglio. Veramente il privilegio del proprietario del fondo si estende anche sui frutti dell'anno, ma egli non può opporsi che escano dal fondo per essere venduti, eccetto se gli faccia pegnorare per mancanza di pagamento de' fitti.

§ IV.°

Disposizioni generali.

SOMMARIO

472. *Testo dell' art. 2063 c. c.*
473. *Disposizioni dell' art. 2070 c. c.*
474. *L' esecuzione della sentenza di arresto non sospende le procedure e gli atti esecutivi sopra i beni.*

472. Secondo l' art. 2063 c. c., « fuori de' casi « determinati dagli articoli precedenti, o che po- « trebbero esserlo in avvenire da una legge forma- « le, è vietato a tutti i giudici di pronunziare lo « arresto personale, a tutti i notai e cancellieri di « ricevere atti nei quali venisse ciò stipulato, ed a « tutti i Francesi di acconsentire a simili atti, an- « corchè fatti in paese estero; il tutto sotto pena « di nullità, spese, danni ed interessi. »

Ma il Codice di procedura, posteriore al Codice civile contiene, come si è veduto, molte chiare disposizioni che pronunziano l' arresto personale o autorizzano i giudici a pronunziarlo.

473. Non è derogato alle leggi particolari che autorizzano l'arresto personale nelle materie di commercio, nè alle leggi di polizia correzionale, nè a quelle concernenti l' amministrazione del denaro pubblico; art. 2070 c. c. = *1940 ll. cc.*

474. Finalmente l' esecuzione della sentenza di arresto non impedisce, e non sospende il procedi-

mento e gli atti esecutivi sui beni; art. 2069 c. c. = *1939 ll. cc.*

SEZIONE II.

Delle cause che ostano all' arresto personale in materia civile ordinaria, e de' diversi mitigamenti apportati alla sua esecuzione.

SOMMARIO

475. *I minori non commercianti vanno esenti dall' arresto personale.*

476. *Lo stesso è per le donne e pe' settuagenarî, eccetto il caso di stellionato.*

477. *In quali casi la donna maritata può essere astretta coll'arresto personale come rea di stellionato.*

478. *L' arresto non ha luogo in materia civile ordinaria per somma minore di trecento franchi; differenza di compilazione dell'art. 2065 c. c. con quella dell'art. 126 c. pr.*

479. *Nei casi preveduti nel Codice civile e nel Codice di procedura la legge non richiede che la somma di trecento franchi sia di sorte principale; ma non si riguardano le spese per ciò che concerne lo arresto.*

480. *Interpetrazione della seconda disposizione dell'art. 126 c. pr.*

481. *Nè il Codice civile, nè il Codice di procedura limitano la durata dell' arresto, ciocchè fu cangiato, come pure molti altri punti, dalla legge del 17 aprile 1832: sviluppamenti.*

475. I minori, a ragione dell'indulgenza dovuta alla loro età, vanno esenti dall' arresto personale: quindi non può ordinarsi contro di essi (art. 2064 c. c. = *1936 ll. cc.*), qualunque sia la causa dell' obbligazione in materia civile ordinaria (1); in

(1) Diciamo *in materia civile ordinaria*, giacchè i minori nego-

modo che i tribunali civili non potrebbero pronunziarlo per danni ed interessi contra un minore, anche emancipato; giacchè la legge non fa a tal riguardo alcuna distinzione tra i minori emancipati ed i minori non emancipati.

Ma puossi mai ordinarlo contra un individuo maggiore, se il fatto che vi desse luogo fosse avvenuto nella minore età? Sicuramente, a parer nostro, perchè l'arresto non è una pena, ma un modo di esecuzione, e verrebbe osservata la legge che vieta di pronunziarlo contra un minore. Nulladimeno un minore prendendo ad affitto un fondo rustico, non potette validamente soggettarsi all'arresto personale, e per conseguenza non potrebbe pronunziarsi contro di lui, divenuto maggiore, sebbene vi si fosse sottomesso, e non avesse domandato o ottenuto lo scioglimento del contratto.

476. L'umanità fece altresì stabilire una eccezione in favor delle donne (1) e de' settuagenarî, fuorchè tuttavolta nel caso di stellionato; art. 2066 c. c. = *1936 ll. cc.*

---

zianti sono soggetti all'arresto personale, come i maggiori, pei fatti del loro commercio, essendo essi per riguardo a questi medesimi fatti reputati maggiori (art. 2 c. com. = *6 ll. ecc. com.*). *V.* anche l'art. 2 della legge del 15 germile anno VI.

Dippiù i minori generalmente possono essere astretti coll'arresto personale per le obbligazioni risultanti dai loro delitti, in conformità dell'art. 53 c. pen. = *49 ll. pen.*, il quale non fa alcuna distinzione tra i maggiori e i minori.

(1) Ma le donne, pubbliche mercantesse o commercianti, possono essere astrette con coazione personale per le obbligazioni risultanti dal loro commercio. Legge del 15 germile anno VI innanzi citata.

E basta che sia cominciato l'anno settantesimo, perchè i settuagenarî godano del beneficio loro conceduto ; *ibid.*

A questa età si ottiene anche la liberazione dall'arresto personale antecedentemente pronunziato, per causa però diversa dallo stellionato ; art. 800 n.° 5 c. pr. = *883 ll. pr. civ.*

477. Mà l'arresto personale per causa di stellionato, durante il matrimonio, non ha luogo contro le donne maritate se non quando sieno separate di beni, o quando abbiano beni di cui si son riservate la libera amministrazione, e per le sole obbligazioni che riguardano questi beni ; art. 2066 c. c. = *1936 ll. cc.*

E le donne le quali essendo in comunione si fossero obbligate congiuntamente o solidalmente coi loro mariti, non posson esser considerate come ree di stellionato per rispetto a tali contratti ; *ibid.*

Si suppone che in questi casi il fatto di stellionato provvenga meno dalla moglie che dal marito. Vero è che in quest' ultimo la moglie si considera essersi obbligata come fideiussore sol rispetto al marito, e non riguardo al terzo verso il quale si è obbligata (art. 1429 c. c. = *1400 ll. cc.*) ; ma siccome ha ella agito sotto l'influenza di suo marito, la legge nella sua indulgenza prende in considerazione tale circostanza, e la esonera dall'arresto personale (1).

(1) Delvincourt allegava altri motivi : a creder suo, n'è motivo che quando avvi comunione tutte le obbligazioni contratte anche

Laonde la donna la quale, maritata sotto la regola dotale, avesse beni parafernali, o che maritata sotto la regola della comunione, o di esclusione da comunione, si avesse riservata la libera amministrazione di alcuni beni immobili, siccome lo poteva, sarebbe rea di stellionato nei casi preveduti dall' art. 2059 c. c. = *1934 ll. cc.*, supponendo che abbia contrattato colla debita autorizzazione, giacchè senza di ciò, essendo il contratto nullo a suo riguardo, non potrebbe disputarsi di costringerla coll' arresto personale ad eseguirlo; ma se sieno beni la cui amministrazione appartenesse al marito per la natura medesima della regola adottata da' coniugi, e perchè inoltre la moglie non se ne avesse riservato *la libera amministrazione*, l' arresto personale non può essere pronunziato contro di lei, abbenchè si trattasse in tal caso d'immobili a lei appartenenti, o che si consideravano di appartenerle pel solo motivo che ne aveva il possesso legale al tempo della celebrazione del matrimonio; art. 1402 c. c. Si credette che la sua simulazione circa alle

---

dalla moglie durante il matrimonio si considerano contratte per conto e vantaggio della comunione, ed *appartenendo questa comunione esclusivamente al marito*, sembrò molto rigoroso pronunziare l' arresto personale contro la moglie, *a cui l' obbligazione non arreca alcun vantaggio.*

La moglie al contrario ne profitta se accetti la comunione, ch' è il caso più ordinario, il dritto comune; e non è vero il dire, soprattutto vigente il Codice, che la comunione appartenga esclusivamente al marito; egli ne ha soltanto *la libera amministrazione*, lo che è ben diverso. Del resto questa dottrina fu da noi abbastanza confutata nel titolo del *Contratto di matrimonio.* Preferiamo dunque il motivo da noi addotto a quello di Delvincourt.

ipoteche esistenti su questi medesimi beni, allorchè ella gli abbia asseriti come liberi a terze persone, avea potuto essere determinata dall' influenza di suo marito sopra di lei. E non devesi fare a tal riguardo alcuna distinzione tra il caso in cui la donna avesse contrattato in virtù dell' autorizzazione scritta dal marito, ed il caso che avesse contrattato col concorso di lui nell' atto; ella non può essere astretta colla coazione personale nè nell'una, nè nell' altra ipotesi. Ma neanche potrebbesi fare questa distinzione nel caso in cui fosse separata di beni, o abbia contrattato riguardo a beni di cui si avea riservata la libera amministrazione: sarebbe reputata rea di stellionato se affettivamente vi fosse stellionato, o che ella avesse contrattato col concorso del marito nell' atto, o che avesse contrattato ella sola coll' autorizzazione scritta di suo marito.

Circa a costui, se non siasi personalmente obbligato, se non abbia fatto che autorizzar semplicemente sua moglie riguardo ai beni di cui costei aveva la libera amministrazione, non può reputarsi rea di stellionato. Neanche potrebbesi forse pronunziare contro di lui l'arresto personale, giusta l'art. 2063 c. c., abbenchè dai fatti della causa risultasse di aver egli conosciuto il dolo che sua moglie si proponeva di commettere. Nulladimeno questa risoluzione non va esente da dubbio, perchè il complice di un dolo è colpevole quanto colui che direttamente il commette.

478. L' arresto personale in materia civile ordi-

naria, ai termini dell' art. 2062 c. c. = *1935 ll. cc.*, non può essere ordinato per una somma minore di trecento franchi; per conseguenza può esserlo per una somma di trecento franchi; mentrechè l' art. 126 c. pr. = *220 ll. pr. civ.* non si esprime nello stesso modo; esso dice: « L' arresto perso-
« nale non sarà pronunziato che nei casi preveduti
« dalla legge; è lasciato nondimeno alla prudenza
« de' giudici il pronunziarlo:

« 1.° Per danni e interessi in materia civile
« ascendenti *ad una somma maggiore di trecento*
« *franchi.* »

Quindi, secondo questo articolo, è d' uopo che la somma sia maggiore di trecento franchi.

Essendo questa una disposizione speciale, convien applicarla secondo il suo tenore al caso da essa preveduto, e l' art. 2065 c. c. = *1933 ll. cc.* a quelli di cui parla. Certamente è questa una mancanza di armonia nella legge, ma i tribunali non sono chiamati in questa materia a correggerne le disposizioni: ne son essi soltanto gli organi.

479. Nei casi preveduti o dal Codice civile o dal Codice di procedura, la legge non richiede che il debito pel quale vien ordinato l' arresto personale sia di trecento franchi *di sorte principale*; essa si limita a dire che l' arresto non può ordinarsi per una somma minore di trecento franchi: per conseguenza gl' interessi decorsi sino al giorno della domanda, e quelli decorsi dacchè fu essa avanzata fan parte della somma per ragion della quale la

legge prescrive o permette l'arresto, tanto più che gl' interessi partecipano della natura della sorte principale. Altronde il debitore per ottenere il suo rilascio dall' arresto, ai termini dell'art. 800 c. pr. = *883 ll. pr. civ.*, deve pagare o consegnare le somme dovute, *gl' interessi maturati*, ec. Or se per ottenere il suo rilascio è tenuto a pagare o consegnare gl' interessi decorsi dopo la sentenza, per la medesima ragione il tribunale per pronunziare l' arresto ha dovuto aver riguardo agl' interessi maturati al tempo della domanda ed a quelli decorsi dopo la stessa. Ma non prende in considerazione le spese, sebbene per ottenere la sua escarcerazione il debitore sia puranche tenuto a pagare o consegnare le spese liquidate, quelle di carcerazione e gli alimenti depositati. Si opporrà forse che comprendendo gl' interessi nella somma di trecento franchi, potrebbe accadere che l'arresto avesse luogo in un caso tale in cui non avrebbe potuto pronunziarsi se il creditore avesse prima prodotta la sua domanda, e se prima il tribunale avesse pronunziato la sua sentenza, ed un tale risultamento potrebbe ripugnare alle regole della materia: ma si risponde di esser colpa del debitore il non essersi prima liberato.

480. Del resto sebbene questo medesimo art. 126 c. pr. soggiunga che « l' arresto personale ha luo-« go puranche per residui di conti di tutela, cu-« ra, amministrazione di corpi e comunità, stabi-« limenti pubblici e di ogni altra amministrazione

« confidata giuridicamente, e per ogni restituzio-
« ne da farsi in seguito di detti conti, » senza dire, come nel primo caso, che la somma dovrà essere maggiore di trecento franchi, non v'è dubbio nondimeno che l'arresto personale non può ordinarsi in questi medesimi casi per una somma minore, poichè è sempre una materia civile, ed il Codice civile stabilisce per massima che tale arresto non potrà ordinarsi per una somma minore di trecento franchi, senza far distinzione tra i sequestratarî ed altri tenuti a render conto nominati giudizialmente, anche i rei di stellionato ed ogni altra persona. Ed in fatti non devesi privar di libertà una persona per la più lieve somma. Questi casi altronde non meritano maggior favore di quelli in cui son dovuti i danni ed interessi per un danno arrecato; la legge pone anche questi ultimi in prima riga, e richiede, perchè possa ordinarsi l'arresto, che la somma sia maggiore di trecento franchi. Se non si disse ciò espressamente ne' casi di tutela, ec. è perchè si credette essere una inutile ripetizione, e giusta quanto erasi spiegato a tal riguardo, e giusta la regola generale stabilita dal Codice civile. Importano poco adunque queste parole, *e per ogni restituzione da farsi in seguito di detti conti:* ciò deve intendersi di ogni restituzione maggiore di trecento franchi.

481. Con tali modificazioni e colla condizione di osservare le forme richieste per la validità dell' arresto (art. 794 c. pr. = *877 ll. pr. civ.*), e di

depositare anticipatamente gli alimenti (art. 791 *ibid.* = *872 ibid.*), la legge civile autorizzava ogni creditore, nei casi determinati, a far pronunziare l'arresto personale contra il suo debitore senza limitazione di tempo; e quest' ultimo, ammenochè non fosse ammesso al beneficio di cessione, non poteva conservare o ricuperare la sua libertà malgrado il creditore, che pagando il debito per la sorte principale, per gl' interessi e spese; art. 798 e 800 c. pr. = *881 e 883 ll. pr. cc.*

Ma la legge del 17 aprile 1832 *sull' arresto personale* ha di molto mitigato tale rigore.

Questi mitigamenti si riferiscono:

1.° A taluni impedimenti risultanti dalla qualità delle persone;

2.° Alla durata dell' arresto;

3.° Alla facilità della escarcerazione.

Quindi sotto il primo rapporto l' arresto personale non è mai pronunziato contra il debitore, a vantaggio 1.° di suo marito o di sua moglie; 2.° de' suoi ascendenti, discendenti, fratelli o sorelle, o affini nel medesimo grado; art. 19 *ibid.*

E non può eseguirsi contra il marito e la moglie simultaneamente pel medesimo debito; art. 21.

Ma non vietando la legge se non l'esecuzione simultanea dell'arresto contra al marito e la moglie *pel medesimo debito*, da ciò segue che può eseguirsi simultaneamente contra l' uno e l' altra per debiti diversi, ancorhè sia ad istanza del medesimo creditore; e da ciò segue eziandio che può ordi-

narsi pel medesimo debito contra l' uno e l' altra, se ha luogo, salvo a non eseguirlo contro ciascuno di essi che successivamente, e durante il tempo stabilito dalla legge.

Ai termini dell' art. 7 di quella del 17 aprile 1832 innanzi citata, in tutti i casi in cui abbia luogo l' arresto personale in materia civile ordinaria, la durata debb' essere stabilita dalla sentenza di condanna; essa non è meno di un anno, nè più di dieci.

Nulladimeno se si tratti di estagli di fondi rustici nei casi preveduti dall' art. 2062 c. c. = *1935 ll. cc.*, o della esecuzione delle condanne intervenute nel caso in cui l' arresto personale non sia prescritto, ed in cui la legge attribuisce soltanto ai giudici la facoltà di ordinarlo, la durata dell'arresto non è meno di un anno, nè più di cinque.

Il beneficio della nuova legge si applica ancora agli arresti eseguiti prima della sua promulgazione; ma siccome in questi casi la durata dell' arresto non può essere determinato dalla sentenza, la legge ha stabilito al *maximum* dieci o cinque anni, secondo la natura del debito, e prescrive per conseguenza che dopo tal termine, il quale decorre dal giorno della carcerazione, avrà luogo il rilascio. Tuttavolta questo favore non potè essere applicato che dopo trascorso un mese dalla promulgazione della presente legge; art. 43 *ibid.*

Ed affinchè la durata dell' arresto personale non fosse molto prolungata per effetto della moltiplicità

delle cause che potrebbero darvi luogo contra il medesimo debitore, ed a vantaggio di diversi creditori, la legge richiede che quando egli abbia ottenuto il suo rilascio di pieno dritto trascorso il termine stabilito dagli art. 5, 7, 13 e 17 (1), non possa esser più detenuto o arrestato per debiti contratti prima della sua carcerazione e maturati al momento del suo rilascio, eccetto se questi debiti non portassero per la loro natura e qualità un arresto più lungo di quello da lui sofferto, il quale in quest' ultimo caso gli verrà sempre contato per la durata della nuova carcerazione; art. 27.

Ma siccome questa disposizione è tutta di favore, non se ne potrebbe estendere l' applicazione a casi diversi da quelli ivi preveduti: per conseguenza il debitore non potrebbe invocarla contra un creditore il cui credito fosse stato contratto posteriormente all' arresto, abbenchè si trovasse maturato al tempo del rilascio; nè contra un creditore il cui credito non fosse maturato che dopo la escarcerazione, sebbene contratto prima dell'arresto; nè finalmente nel caso in cui il debitore avesse ottenuto il suo rilascio per una causa diversa dallo spirare del tempo stabilito per la durata della carcerazione, ancorchè fosse per effetto del pagamento del debito, e quello per cui si volesse eseguire l'arre-

---

(1) Per conseguenza questa disposizione si applica puranche ai casi di arresto eseguito per debiti commerciali, come altresì in materia di danari ed effetti pubblici, ed anche a quello eseguito contro gli stranieri.

sto fosse stato contratto prima del medesimo e si trovasse maturato al tempo della liberazione: in questi casi egli neanche potrebbe domandare che gli si tenesse conto del tempo della effettiva carcerazione da lui sofferta.

Il debitore ha potuto sempre ottenere il suo rilascio dall' arresto coll' intero pagamento della sorte principale, interessi, spese liquidate, quelle di carcerazione e restituzione di alimenti (art. 798 e 800 n.° 2 c. pr. = *881 e 883 ll. pr. civ.*); ma per prevenire ogni dubbio sul senso e l'estensione della parola *spese*, la nuova legge (art. 23) dice che le spese liquidate che il debitore deve depositare o pagare per impedire l'esecuzione dell'arresto personale, o per ottenere il suo rilascio, in conformità de' qui citati art. 798 e 800 n.° 2 c. pr., non saranno mai che le spese della domanda, quelle della spedizione e notificazione della sentenza e della decisione, se occorra, e quelle finalmente della esecuzione riguardante unicamente l' arresto personale.

L' articolo seguente apportò un altro importante temperamento all' arresto personale in materia civile. Il debitore, esso dice, se l' arresto personale non sia stato ordinato per debito commerciale (1), otterrà il suo rilascio pagando o depositando il terzo della sorte principale del debito e de' suoi accesso-

---

(1) Ma la disposizione si applica all'arresto contra gli stranieri ed a quello che ha luogo in materia di danaro ed effetti mobili pubblici.

rî, e dando pel rimanente un fideiussore accettato dal creditore, o accolto dal tribunale civile nella cui giurisdizione sarà detenuto il debitore.

Il fideiussore sarà tenuto di obbligarsi solidalmente col debitore a pagare, in un termine che non potrà eccedere un anno, i due terzi che rimarranno dovuti; art. 25.

Decorso il termine prescritto nell' articolo precedente, se il creditore non sia stato interamente pagato, potrà di nuovo eseguire l' arresto personale contra il debitore principale, senza pregiudizio dei suoi dritti contra il fideiussore; art. 26.

SEZIONE III.

Delle regole particolari riguardanti l' esecuzione dell' arresto personale.

482. *L' arresto personale non può ordinarsi che in virtù di sentenza, eccetto un caso, nota.*

483. *Non può essere eseguito che un giorno dopo la intimazione della sentenza.*

484. *La facoltà di appellare, finchè non vi sia appellazione, non impedisce l' esecuzione dell' arresto: sviluppamenti.*

485. *Presentemente la facoltà di appellare per ciò che riguarda l' arresto personale ha luogo puranche nei casi in cui i tribunali giudicano in ultima istanza.*

486. *Le regole riguardanti la carcerazione del debitore sono dettate nel Codice di procedura: diverse disposizioni della nuova legge.*

482. Pei mezzi di esecuzione che consistono nel pegnoramento e nella vendita de' beni, basta qualunque siasi titolo esecutivo, e che il debito riu-

nisca purtuttavolta le condizioni espresse nell' art. 551 c. pr. = *641 ll. pr. civ.*; ma l' arresto personale, come fu da noi detto più innanzi, non può ordinarsi che in virtù di sentenza; art. 2067 c. c. = *1937 ll. cc.* (1). Era d' uopo di ben assicurarsi che non sarebbe convenuto nè eseguito fuori de' casi determinati dalla legge, ed i soli tribunali potevano giudicarne.

483. E non può eseguirsi che un giorno dopo la notificazione con precetto della sentenza con cui venne ordinato: art. 780 c. pr. = *863 ll. pr. civ.* E questo giorno dev' esser franco.

484. Del resto la legge qui non modifica in alcun modo la regola generale secondo la quale le sentenze soggette ad appello possono essere eseguite finchè non sia prodotto l' appello. Che anzi allontanandosi dai canoni dell' antico Dritto, dichiara comune all' esecuzione dell' arresto personale la regola che permette di eseguire non ostante appellazione, allorchè i giudici abbiano ordinato l' esecuzione provvisionale in virtù dell' art. 135 c. pr. = *226 ll. pr. civ.*; ma secondo l' art. 2068 c. c. = *1938 ll. cc.*, sembra che essi non possano ordinare

---

(1) Avvi però eccezione rispetto al fideiussore giudiziario soggetto all' arresto personale, se siavi luogo all' arresto; egli può arrestarsi in virtù di un' obbligazione fatta innanzi al cancelliere, e senza che siavi bisogno di sentenza (art. 519 c. pr. = *602 ll. pr. civ.*); ma come fu da noi detto, se egli si sottopose all' arresto.

E come innanzi dicemmo, gli arbitri in materia di commercio possono pronunziarlo, nei casi preveduti dalla legge, ancorchè non vi sieno stati autorizzati col compromesso.

l' esecuzione provvisionale, non ostante appellazione, per ciò che riguarda l' arresto personale, se non col peso di dare un fideiussore.

E l' arresto personale per oggetto capace di liquidazione non può eseguirsi che dopo fatta la liquidazione in danaro; art. 552 c. pr. = *642 ll. pr. civ.*

Se il debitore produca appello deve all' istante ottenere la sua liberazione, ammenochè non si fosse ordinato l' esecuzione provvisionale anche per lo arresto.

485. Il Codice di procedura del pari che il Codice civile non contengono alcuna particolarità sulla facoltà di appellare dalle sentenze che pronunziano l' arresto personale; in modo che in questo caso come negli altri, la prerogativa di giudicare in prima o in ultima istanza dipendeva dalla natura e dalla importanza dell' oggetto principale della dimanda. Ma la nuova legge anche in tal punto apportò una importante miglioria; essa dice col suo art. 20 che nelle cause in cui i tribunali civili o di commercio giudicano in ultima istanza, la dispositiva della loro sentenza riguardante l' arresto personale sarà soggetta ad appello; ma che tuttavolta tale appello non sarà sospensivo.

486. Il legislatore, tanto nel Codice civile che nella nuova legge (1), non entra in alcuna particolarità sulla esecuzione dell' arresto personale: le

(1) Salvo però quanto è stabilito negli art. 22, 28 e 32 di questa medesima legge.

regole a tal riguardo sono indicate nel Codice di procedura; art. 780 e seguenti = *863 ll. pr. civ.* (1). Noi ci dispenseremo di qui riferirle; ma faremo soltanto osservare che secondo l'art. 31 della nuova legge, il debitore liberato dal carcere per non essersi depositati gli alimenti, non può esser più carcerato pel medesimo debito, ciocchè costituisce una importante derogazione all'art. 804 c. pr. = *887 ll. pr. civ.*; che ai termini dell'art. 22 della medesima legge, ogni usciere, guardia di commercio o esecutore degli ordini del magistrato, il quale al tempo della carcerazione di un debitore si negasse di condurlo innanzi al presidente del tribunale di prima istanza il quale decide dietro una sommaria esposizione, ai termini dell'art. 786 c. pr. = *869 ll. pr. civ.*, dev'esser condannato a mille franchi di ammenda, senza pregiudizio de' danni e interessi (2); finalmente che a tenore dell'art. 32, le disposizioni del titolo IV della legge e quelle del Codice di procedura civile sull'arresto, alle quali non fu derogato colla detta legge, sono applicabili all'esecuzione di ogni arresto personale, o per debiti commerciali, o per debiti civili, anche all'arresto in materia di danaro ed effetti pubblici, ed infine all'arresto personale eseguito contra gli stranieri.

---

(1) *V.* anche l'art. 556 del medesimo Codice = *646 ibid.*

(2) Questa disposizione si applica eziandio ai casi di arresto personale in materia commerciale, a quello contro gli stranieri, ed a quello per danaro ed effetti mobili pubblici.

Nulladimeno pe' casi di arresto provvisionale, il creditore non è tenuto a conformarsi all' art. 780 c. pr. = *863 ll. pr. civ.*, il quale prescrive una intimazione e un precetto preventivo.

CAPITOLO II.

Dell'arresto personale in materia di commercio.

SOMMARIO

487. Fino alla legge del 17 aprile 1832 l'arresto personale in materia di commercio avea luogo qualunque fosse la somma dovuta: le leggi che lo avevano prescritto, di cui la principale era quella del 15 germile anno VI, non avevano determinato alcuna quantità su tale aggetto, come lo fecero posteriormente, in materia civile, e il Codice civile e il Codice di procedura; soltanto il tribunale di commercio di Parigi, ed alcuni altri i quali avean creduto di doverlo imitare, non più lo pronunziavano da qualche anno allorchè la somma non ascendesse a cento franchi. Era questa certamente una infrazione alla legislazione esistente, ma quei

tribunali si erano determinati per motivi di umanità, essendo sembrato loro troppo rigoroso il privar di libertà un cittadino per la più modica somma: essi scorgevano nella condotta del creditore che domandava l'arresto personale per una sì picciola somma, piuttosto la manifestazione di un sentimento di odio verso il debitore, che l'esercizio di un mezzo di esecuzione. Comunque sia, la nuova legge fece cessare ad un tempo e questo rigore della legislazione, e questo arbitrio dei tribunali; l'art. 1.° dice:

« L' arresto personale sarà pronunziato, salvo le « summentovate eccezioni e modificazioni, contra « qualunque persona condannata per debito commerciale al pagamento di una somma principa« le di dugento franchi. »

488. Siccome è per *debito* commerciale . . . . *di una somma principale*, emerge da ciò che se la domanda comprenda due debiti distinti, nessuno de' quali ascendesse a dugento franchi, non deve ordinarsi l' arresto personale ancorchè i due debiti riuniti ascendessero a tal somma e più; imperocchè non avendo inteso il debitore obbligarsi con arresto personale per alcuno di questi debiti, il creditore non ha il dritto di sottomettervelo riunendo molti debiti in una sola istanza: per esempio, se gli fosse stato sottoscritto un biglietto ad ordine di 150 fr. soltanto, e sia egli divenuto cessionario di un altro biglietto di simil somma, non ha dritto di domandare l' arresto personale; la con-

dizione del debitore non deve divenir peggiore sol perchè deve ora ad una persona ciocchè prima doveva a due.

Ma se il debitore si fosse obbligato in più volte verso la stessa persona, e per conto corrente, o per somministrazioni fatte successivamente, non dovrebbesi in ciò scorgere che un medesimo debito, formato di più oggetti, la cui riunione ascendendo a dugento franchi o più, desse luogo all' arresto personale: diversamente la sicurezza del commercio, che si è cercato nell'arresto personale, sarebbe compromessa, o il commercio per somministrazioni soffrirebbe grave lesione: i negozianti all' ingrosso non vorrebbero fare ai mercadanti a minuto, merciaiuoli o altri, che somministrazioni ognuna delle quali ascendesse per lo meno a dugento franchi, lo che sarebbe un grandissimo ostacolo.

Egli è altresì evidente, dovendo essere la condanna per debito commerciale al pagamento *di una somma principale* di dugento franchi o più, che non vi si debbono comprendere per formare questa somma le spese fatte dall' attore, anche quelle di protesto; giacchè ciò non fa parte della *somma principale*. Diciamo altrettanto degl'interessi decorsi o prima della domanda o dopo, anche del valore del ricambio; son questi degli accessori del debito, e non una parte principale del medesimo considerato nella sua origine, nel suo *principio*, del debito *principale*. Importa poco che, ai termini dell' art. 800 c. pr. = *883 ll. pr. civ.*, al quale

rinvia la nuova legge circa alla escarcerazione del debitore per motivo del pagamento del debito, sia costui tenuto, per esser posto in libertà, di pagare o depositare le somme dovute, *gl' interessi decorsi*, *le spese liquidate*, quelle di arresto, e la restituzione degli alimenti depositati; giacchè questa disposizione non lede in alcun modo quella che determina la somma per la quale può eseguirsi l'arresto personale: or questa somma è una *somma principale* di dugento franchi e più. I compilatori della nuova legge non intesero che colui il quale si obbligasse per una somma minore di dugento franchi, a cagion d' esempio per 180 franchi, potesse essere astretto coll'arresto personale per effetto di avvenimenti posteriori che avessero fatto ascendere il debito a dugento franchi e più, come le spese di protesto, il valore di un ricambio, gl'interessi. Contraendo il debito non intendeva obbligarsi con arresto personale, e questi avvenimenti ulteriori nello spirito della nuova legge non debbono sottomettervelo. Non puossi dire altronde che le spese di protesto, o altre, sieno un debito commerciale; neanche puossi ciò dire degl' interessi moratorî; in ciò non avvi alcuna operazione commerciale: son questi tanti accessorî di un debito commerciale, se si voglia, ma non formano una parte integrante di tal debito, del debito principale. Si aggiunga che il creditore per ottenere l' arresto personale, che non potrebbe ottenere senza di ciò, trascurerebbe di procedere dopo il protesto, a fin di far decor-

rere interessi, che uniti alla somma principale, formerebbero i dugento franchi. Or deve egli mai ottenere l'arresto che non avrebbe potuto ottenere sei mesi prima? Ci sembra che no, oppure queste parole *somma principale*, sono inutili nella legge; mentrechè a noi pare di essere state messe per istabilire che il debitore non potrebbe essere astretto coll' arresto personale se non quando si obbligasse da *principio* per una somma di dugento franchi e più; è questo il senso naturale delle parole *somma principale*. Finalmente in una materia di rigore come questa, il dubbio, se ve ne fosse, dovrebbe interpetrarsi a pro del debitore.

A parer nostro dunque, il tribunale non deve, riunendo i diversi accessorî di cui abbiam parlato alla somma originariamente dovuta, pronunziare una sola e medesima condanna, qualificata principale, per sottoporre il debitore all' arresto; ma deve dividere i diversi capi della domanda, come ordinariamente si pratica, e non pronunziare l'arresto se non quando il debito principale fosse di dugento franchi o più. Poco importa che il creditore medesimo sia tanto degno di favore per le sue spese di protesto e di citazione, che sono vere spese da lui fatte, quanto pel debito medesimo: richiedendo la legge una somma principale, e di dugento franchi almeno, vi fu determinata per considerazioni di un ordine superiore.

489. Art. 2. Non sono soggetti all' arresto personale in materia di commercio:

1.° Le donne non legalmente considerate come pubbliche mercantesse;

2.° I minori non commercianti, o che non sono considerati maggiori pel fatto del loro commercio;

3.° Le vedove e gli eredi di persone sottoposte alla giurisdizione de' tribunali di commercio citate innanzi a questi tribunali per riassunzione d'istanza, o per nuova azione, per ragione della loro qualità.

Art. 3. Le condanne pronunziate dai tribunali di commercio contro persone non negozianti, per firme apposte o a lettere di cambio considerate come semplici promesse ai termini dell' art. 112 c. com. = *111. ll. ecc. com.* (1), o a biglietti ad ordine, non producono l' arresto personale, ammenochè queste firme ed obbligazioni non abbiano per causa operazioni di commercio, traffico, cambio, banca, o senseria.

Art. 4. In materia di commercio non può ordinarsi l' arresto personale contra i debitori i quali abbiano cominciato il loro settantesimo anno.

---

(1) Così conceputo: « Sono reputati semplici promesse tutte le lettere di cambio contenenti supposizione, sia di nome, sia di qualità, sia di domicilio, sia de'luoghi donde esse son tratte, o ne' quali esse sono pagabili ».

Ma quando la lettera di cambio è regolare, siccome si considera atto di commercio, dà luogo all' arresto personale (se sia di dugento franchi e più), ancorchè il traente non sia commerciante di professione, e la lettera non abbia avuto per causa un' operazione di commercio, traffico, cambio, banca o senseria; mentrechè un biglietto ad ordine tratto da un individuo non negoziante non dà luogo all' arresto se non quando abbia avuto per causa un' operazione di commercio, traffico, cambio, banca o senseria. *V.* del resto gli art. 636 e 637 c. com. = *615 e 616 ll. ecc. com.*, i quali non furono in tal punto derogati dalla nuova legge.

490. Art. 5. L' arresto per debito commerciale cessa di pieno dritto dopo un anno, allorchè il valore della condanna principale non ascende a cinquecento franchi;

Dopo due anni, allorchè non ascende a mille franchi;

Dopo tre anni, allorchè non ascende a tremila franchi;

Dopo quattro anni, allorchè non ascende a cinquemila franchi;

Dopo cinque anni, allorchè è di cinque mila franchi e più.

Art. 6. Cessa similmente di pieno dritto il giorno in cui il debitore avrà cominciato il suo settantesimo anno.

CAPITOLO III.

Disposizioni riguardanti l' arresto personale in materia criminale, correzionale o di polizia.

SOMMARIO

491. *Distinzioni circa all' arresto personale tra le condanne civili pronunziate a vantaggio dello Stato, e quelle pronunziate a vantaggio de' particolari lesi per effetto del delitto: delle prime.*

492. *Delle seconde.*

493. *Disposizioni generali.*

491. In quanto all' arresto personale in materia criminale, correzionale o di semplice polizia, la nuova legge saggiamente distingue tra le condanne pro-

nunziate a favore dello Stato, e quelle pronunziate a vantaggio di privati lesi dal misfatto o delitto.

Laonde le decisioni, le sentenze ed ordinanze contenenti condanne a vantaggio dello Stato ad ammende, restituzioni, danni ed interessi e spese in materia criminale, correzionale o di polizia, non possono eseguirsi per via di arresto personale che cinque giorni dopo il precetto fatto ai condannati, ad istanza del ricevitore del registro e de' demanî.

Nel caso in cui la sentenza di condanna non fosse stata precedentemente intimata al debitore, unitamente al precetto si notificherà uno estratto di tale sentenza, il quale conterrà il nome delle parti e la dispositiva.

In seguito del precetto preventivo ed a richiesta del ricevitore del registro e de' demanî, il procuratore del Re dà gli ordini opportuni agli agenti della forza pubblica ed altri funzionarî aventi incarico di eseguire gli ordini giudiziali.

Se il debitore sia detenuto, potrà ordinarsi l'ulteriore arresto immediatamente dopo la notifica del precetto; art. 33.

Le persone contro le quali sarà stato eseguito l'arresto personale ai termini dell'articolo precedente, rimarranno arrestati finchè abbiano pagato il valore delle condanne, o dato un fideiussore ammesso dal ricevitore de' demanî, o, nel caso che questi non l'abbia accettato, dichiarato buono e valido dal tribunale civile del distretto.

Il fideiussore dovrà presentarsi entro un mese, sotto pena di esservi astretto (1); art. 34.

Nulladimeno i condannati i quali giustificheranno la loro insolvibilità secondo il modo prescritto dall' art. 420 c. istr. cr., saranno posti in libertà dopo aver sofferto quindici giorni di arresto, allorchè l' ammenda e le altre condanne pecuniarie non eccederanno 15 franchi; un mese, allorchè ascenderanno da quindici a cinquanta franchi; due mesi, allorchè l'ammenda e le altre condanne ascenderanno da cinquanta a cento franchi; e quattro mesi, allorchè eccederanno cento franchi; art. 35.

Quando l' arresto personale sia cessato in virtù dell' articolo precedente, può ricominciarsi una sol volta, e per le restituzioni, danni ed interessi e spese solamente, se siasi giudicato contraddittoriamente col debitore di aver egli acquistato mezzi come pagare; art. 36.

In qualunque caso l' arresto personale eseguito in virtù dell' art. 33 è indipendente dalle pene pronunziate contra i condannati; art. 37.

492. Passando quindi alle condanne pronunziate a favore de' privati lesi dal misfatto o delitto, la legge dispone che le decisioni e sentenze contenenti condanne a favore de' privati per riparazioni di misfatti, delitti o contravenzioni commessi in loro danno, saranno a loro diligenza intimate ed eseguite secondo le stesse formalità e modi di coazio-

---

(1) Ma la legge non lo dichiara soggetto ad arresto personale.

ne come le sentenze contenenti condanne a favore dello Stato.

Che tuttavolta le parti istanti saranno tenute all' obbligazione di somministrare gli alimenti, ai termini della presente legge (1), allorchè l' arresto avrà luogo a loro richiesta e nel loro interesse; art. 38.

Quando la condanna non ecceda trecento franchi, non può ordinarsi la liberazione de' condannati, arrestati o detenuti a richiesta e nell'interesse de' privati, in virtù degli art. 34, 35 e 36, se non quando la validità delle cauzioni o la insolvibilità de' condannati, in caso che si fossero impugnati, saranno stati giudicati contraddittoriamente col creditore.

La durata dell'arresto dev'essere determinata dalla sentenza di condanna, nei limiti di sei mesi a cinque anni; art. 39.

493. In ogni caso, e quando anche l' insolvibilità del debitore potesse essere impugnata, se la condanna pronunziata, o a favore di un privato, o a favore dello Stato, ascenda a trecento franchi, la durata dell' arresto dev' essere determinata dalla sentenza di condanna nei limiti stabiliti dall' art. 7 della presente legge (2).

Nulladimeno se il debitore abbia cominciato il suo settantesimo anno prima della sentenza, i giudici potranno ridurre il minimo a sei mesi; e non

---

(1) Gli alimenti sono regolati dagli art. 28 e 29.

(2) *V.* di sopra, n.° 481 e n.° 486.

potranno oltrepassare per *maximum* cinque anni.

Se durante l' arresto abbia terminato settant' anni, la detenzione sarà di pieno dritto ridotta alla metà del tempo che rimaneva a decorrere ai termini della sentenza ; art. 40.

Finalmente gli art. 19, 21 e 22 della presente legge (1) sono applicabili all' arresto personale eseguito per effetto di condanne criminali, correzionali e di polizia ; art. 41.

CAPITOLO IV.

Disposizioni riguardanti l' arresto personale in materia di danari ed effetti mobili pubblici.

SOMMARIO

494. *Persone che sono soggette a tale arresto.*
495. *Somma per la quale può essere pronunziata.*
496. *Sua durata stabilita con sentenza, nei limiti determinati dalla legge.*

494. Sono soggetti all' arresto personale per ragione del residuo de' loro conti, *deficit* o dare comprovati, e di cui sono stati dichiarati risponsabili,

1.° Gli amministratori di denari pubblici o di effetti mobili pubblici, ed i loro fideiussori (2);

2.° I loro agenti o preposti i quali han personalmente amministrato o fatto l' introito ;

(1) *V.* di sopra medesimo n.° 481.

(2) Quindi gli stessi fideiussori sono di dritto soggetti all' arresto personale, come gli amministratori pei quali si resero garanti.

3.° Ogni persona che ha ricevuto denaro pubblico di cui non ha effettuato il pagamento o l'impiego, oppure che avendo ricevuto effetti mobili appartenenti allo Stato, non gli esibiscano, o non giustifichino l' impiego loro prescritto; art. 8 della medesima legge.

Vanno compresi nelle disposizioni dell'articolo precedente coloro che hanno incarico dell' esigenza di denari o della conservazione e dell' impiego degli effetti mobili appartenenti ai comuni, agli ospizî ed agli stabilimenti pubblici, del pari che i loro fideiussori, ed i loro agenti e preposti che personalmente amministrarono o fecero l'esazione; art. 9.

Sono ugualmente soggetti all' arresto personale,

1.° Ogni intraprenditore, fornitore, oblatore ed altri che fecero contratti riguardanti lo Stato, i comuni, gli stabilimenti di beneficenza ed altri stabilimenti pubblici, e che sono dichiarati debitori per effetto delle loro imprese;

2.° I loro fideiussori, del pari che i loro agenti e preposti che diressero personalmente l' impresa, e qualunque altra persona dichiarata risponsabile de' medesimi servizî; art. 10.

È puranche soggetto all' arresto personale ogni contribuente, debitore e fideiussore di dritti di dogana, di gabella ed altre contribuzioni indirette, ai quali fu accordata una dilazione e che non soddisfecero alla scadenza la somma per la quale si obbligarono; art. 11.

L' arresto personale può essere pronunziato in

virtù de' quattro precedenti articoli contro le donne.

Non può esserlo però contra i settuagenarî; articolo 12.

595. Nei summentovati casi L'arresto personale non ha mai luogo che per una somma principale eccedente trecento franchi.

496. La sua durata dev' essere stabilita nei limiti dell' art. 7 della presente legge, primo paragrafo (1); art. 13.

CAPITOLO V.

Dell' arresto personale contra gli stranieri.

SOMMARIO

497. Ogni sentenza profferita a favore di un Francese contra uno straniero deve produrre l' arresto personale, ammenochè la somma principale della condanna non sia minore di 150 franchi, senza di-

---

(1) Cioè non meno di un anno, nè più di dieci. *V. supra*, n.° 481.

stinzione tra i debiti civili e i debiti commerciali; art. 14.

498. Anche prima della sentenza di condanna, ma dopo la scadenza o l'esigibilità del debito, il presidente del tribunale di prima istanza nel cui circondario si trova lo straniero non domiciliato, può, se vi sieno sufficienti motivi, ordinare il suo arresto provvisionale sulla richiesta del creditore francese.

In tal caso il creditore è tenuto a far istanza per ottenere sentenza di condanna fra otto giorni dall'arresto del debitore, al che non adempiendo, può costui domandare di esser posto in libertà.

La escarcerazione vien pronunziata con ordinanza in via di sommaria esposizione, dietro una citazione intimata al creditore da un usciere che sarà stato delegato dal presidente nell' ordinanza medesima che autorizzava l' arresto, ed in mancanza di questo usciere, da un altro che sarà stato specialmente delegato; art. 15.

L' arresto provvisorio non avrà luogo, o cesserà, se lo straniero giustifichi ch' egli possegga sul territorio francese uno stabilimento di commercio o beni immobili, il tutto di un valore bastante per assicurare il pagamento del debito, o se dia per fideiussore una persona domiciliata in Francia, e riconosciuta solvibile; art. 16.

499. L'arresto personale eseguito contra uno straniero in virtù di sentenza per debito civile ordinario, o per debito commerciale, cessa di pieno

dritto dopo due anni, allorchè il valore della condanna principale non ascenda a cinquecento franchi;

Dopo quattro anni, allorchè non ascenda a mille franchi;

Dopo dieci anni, allorchè non ascenda a tremila franchi;

Dopo otto anni, allorchè non ascenda a cinque mila franchi;

Dopo dieci anni, allorchè sia di cinque mila franchi e più.

Se si tratta di un debito civile pel quale un Francese fosse soggetto all' arresto personale, le disposizioni dell' art. 7 sono applicabili allo straniero, senza che però il *minimum* dell' arresto possa essere maggiore di due anni; art. 17.

Finalmente, ai termini dell'art. 18, il debitore straniero condannato per debito commerciale gode del beneficio degli art. 4 e 6 della presente legge. Per conseguenza l' arresto personale non è pronunziato contro di lui o cessa subitochè abbia cominciato il settantesimo anno.

Lo stesso è rispetto allo straniero condannato per debito civile, eccetto il caso di stellionato.

500. L' arresto personale non è ordinato contra gli stranieri per debiti civili, salvo puranche il caso di stellionato, uniformemente al primo paragrafo dell' art. 2066 c. c. = *1936 ll. cc.*, ch' è dichiarato potersi loro applicare; art. 18.

Osservazioni.

501. Rispetto al beneficio di cessione, il quale è un mezzo di liberazione dall' arresto personale, siccome già ne parlammo, ed estesamente, nel titolo *de' Contratti e delle Obbligazioni convenzionali in generale*, nel tomo XII, n.° 241 e seguenti, ci contenteremo di rinviare il lettore a quanto fu da noi detto a tal riguardo, per evitare inutili ripetizioni.

FINE DEL TITOLO DELL' ARRESTO PERSONALE.

TITOLO XVII.

Del Pegno.

Osservazioni preliminari.

SOMMARIO

502. Il pegno è un contratto col quale un debitore, o altra persona per lui, dà al creditore una cosa per sicurezza del debito; art. 2071 e 2077 c. c. = *1941 e 1947 ll. cc.* insiem combinati.

503. È dunque un contratto accessorio, come la ipoteca, la fideiussione; ma consistendo la sicurezza nella consegnazione di una cosa, si vede all'istante di esser questo puranche uno de' contratti chiamati in Dritto, *contratti reali*, come le due specie di prestito e il deposito; a differenza dell'ipoteca, nella quale il debitore conserva il possesso della cosa soggettatavi, e che non può altronde esistere nel nostro Dritto se non sopra stabili.

504. Nel Dritto romano in origine non conoscevasi che il pegno propriamente detto, e che era costituito, come appresso noi, colla consegnazione della cosa a tal titolo al creditore. Ma di poi gli

editti dei Pretori, e la interpetrazione che ne fecero i *prudenti* introdussero notabili cangiamenti a questo stato di cosa, migliorandolo secondo i bisogni del tempo.

Il Pretore *Servio* introdusse dapprima col suo editto l' azione *serviana* che fu così detta dal suo nome, secondo l' uso de' Romani. Mediante tale azione il locatore di un fondo rustico poteva per lo pagamento degli estagli rivendicare anche contra i terzi i frutti del fondo, i quali erano tacitamente soggettati ai detti estagli, e le cose che il fittaiuolo aveva obbligate per tal pagamento, mentrechè le sole disposizioni del Dritto civile non accordavano questa facoltà al locatore; e costui aveva per ciò la prelazione sopra tutti gli altri creditori, eccettuati però quelli che avevan fatto le spese funebri del colono.

Posteriormente, e per imitazione, i *prudenti* introdussero l' azione chiamata *quasi-serviana*, che venne accordata al locatore di una casa, o di un appartamento o altro edifizio urbano, pel pagamento delle pigioni contra ogni qualsivoglia detentore dei mobili che l' inquilino aveva portato nella casa, di cui aveva disposto senza il consenso del locatore. Ed a differenza de' mobili del colono, quelli dell' inquilino erano tacitamente soggetti al pagamento della pigione: era questo un tacito patto di pegno, da noi chiamato *privilegio* del nostro Dritto.

Nè ciò fu bastante: si osservò facilmente che la costituzione del dritto di pegno sugl' immobili veniva

molto attraversata dalla necessità in cui era il debitore di darli al creditore, perchè li possedesse e perchè potesse in tal modo acquistare il *jus in re.* In fatti dovea ai debitori costar molta pena il consentire a spogliarsi del possesso de' loro beni, e non poterli più personalmente coltivare, nè invigilare colle proprie cure; i creditori medesimi non aveano interesse ad assumere gl' imbarazzi della coltivazione. S'immaginò dunque di costituire un dritto di pegno sui beni, quantunque il possesso rimanesse sempre al debitore, e fu ciò chiamato *convenzione d'ipoteca,* lo che produsse l'azione ipotecaria, *actio hypothecaria;* e tale convenzione non era altro che un *patto pretorio*, ma producente azione, mentrechè per regola i patti non ne producevano. Indi in poi *pignus* e *hypotheca* significarono la stessa cosa negli effetti; ciocchè fece dire al giureconsulto Marciano, nella l. 15, § 1, ff. *de Pignorib. et Hypoth.: Inter pignus et hypothecam, tantum nominis sonus differt.* Ma come l' osserva benissimo Giustiniano nelle sue Instituta, tit. *de Actionibus*, § 7, chiamasi più particolarmente *pignus* quando la cosa venga consegnata al creditore, specialmente se sia una cosa mobile. L' ipoteca del resto poteva sussistere sopra beni mobili del pari che sopra immobili, e nelle ipoteche generali o di tutti i beni, i mobili vi eran soggettati come gl'immobili; mentrechè appresso noi non abbiamo se non ciocchè chiamasi *privilegi* su i mobili, e non già ipoteche,

ed i privilegî possono cadere sugl' immobili del pari che su i mobili.

505. Ma possonsi dare in pegno mobili ed immobili, anche crediti che si vantano contro terzi, come si vedrà in appresso.

Il pegno di una cosa mobile si chiama specialmente *pegno*.

Quello di una cosa immobile si chiama *anticresi*; art. 2072 c. c. = *1942 ll. cc.*

Noi parleremo prima del pegno propriamente detto.

CAPITOLO PRIMO

Del pegno.

SOMMARIO

506. Il pegno vuolsi considerare sotto un doppio aspetto: 1.° riguardo al dritto del creditore sulla cosa a lui data in pegno, rispetto agli altri creditori del debitore; 2.° riguardo alle obbligazioni risultanti, o direttamente o indirettamente, dal contratto tra le parti medesime. Noi ci farem da principio a risguardare il contratto di pegno sotto il primo aspetto.

SEZIONE PRIMA

Del dritto risultante dal pegno rispetto agli altri creditori del debitore.

SOMMARIO

507. *Diversi sensi della parola* pegno.

508. *Privilegio che dà il pegno al creditore ; se sia esso un privilegio propriamente detto.*

509. *Se possano ad esso anteporsi i privilegî generali dell' art. 2001 c. c.*

510. *Condizioni richieste per l' esistenza di tal privilegio.*

511. *Casi in cui queste condizioni non sono richieste.*

512. *Esse non sono richieste in alcun caso tra le parti medesime , o loro eredi.*

513. *Il registro dell' atto comprovante il privilegio non può utilmente aver luogo nei dieci giorni che precedono l' apertura del fallimento del debitore.*

514. *Se mai la pruova della certezza della data della scrittura privata possa risultare da altre circostanze che dal registro , circa al privilegio ?*

515. *Se mai in materia eccedente 150 fr. la pruova della costituzione del pegno potrebbe aver luogo per mezzo di testimoni nel caso in cui non era possibile alle parti fare una scrittura ?*

516. *Il creditore che ha perduto la scrittura del pegno , debitamente registrata , può provare per mezzo di testimoni il suo dritto di pegno.*

517. *Se mai sia necessario che la scrittura privata venga fatta in doppio originale ?*

518. *Se sia necessario di mentovare in essa la data e la causa del credito pel quale venne dato il pegno ?*

519. Quid *se i creditori di una persona sostengano che il loro debitore abbia dato a qualcuno cose in pegno senza che siensi osservate le formalità necessarie per costituire il privilegio ?*

520. *Se mai lo stato delle cose date in pegno debba puranche registrarsi allorchè non si trovi nell' atto medesimo ? Questo stato dev' essere sottoscritto dalle parti , almeno dal debitore.*

521. *Come debbansi specificare le cose nell' atto o nello stato.*

522. La mancanza d' indicazione bastante delle cose comprese nel pegno non deve far perdere al creditore il privilegio sopra quelle che furono bastantemente indicate; arresto nulladimeno che in un caso giudicò il contrario.

523. *Se mai le formalità prescritte per dar luogo al privilegio in materia civile, sieno ugualmente richieste in materia di commercio?*

524. *Il privilegio può sussistere ugualmente sopra crediti, ma adempiendosi alle formalità prescritte dalla legge: queste formalità.*

525. *È d' uopo puranche che il titolo del credito dato in pegno sia trasferito al creditore!*

526. *Il creditore ha il dritto di esigere gl' interessi del credito, se ne produca, ma non il credito medesimo, eccetto se abbia avuto facoltà all' oggetto da colui al quale appartiene.*

527. *I tribunali possono, secondo le presunzioni di fatto, giudicare che gli effetti al possessore non sono che a titolo di pegno nelle mani di colui che li detiene.*

528. *Per esservi privilegio è d' uopo che il pegno sia stato dato al creditore, e che costui non siasene privato.*

529. *Il creditore però ha il dritto di rivendicarlo in caso di perdita o di furto.*

530. *Quale sia l' estensione della sua azione allorchè il pegno a lui rubato sia perito; distinzione da farsi.*

531. *Se mai sia assolutamente necessario, perchè si consideri che il creditore posseggu il pegno, che la casa esca dagli edifizî del debitore?*

532. *Il pegno può esser dato da un terzo pel debitore.*

533. *Distinzione da farsi nel caso in cui siasi dato da chi non era proprietario, senza il consenso del proprietario.*

534. *Il creditore evinto della cosa data in pegno può fin da ora domandare la sua soddisfazione.*

507. La parola *pegno* in Dritto s' intende ora in modo generale, ed ora in modo speciale (1), ed appunto sotto quest' ultimo rapporto viene usata in questo titolo del Codice; mentrechè nel titolo *de' Privilegî e delle ipoteche* è usata nel primo senso, a fin di stabilire per regola che *tutti i beni*

(1) S' intende pure ora pel contratto, ora pel dritto del creditore, ed ora per la cosa data in pegno.

di un debitore sono la *comune garantia* de' suoi creditori, che han il dritto di essere pagati sul loro prodotto per contributo, quando non vi sieno cause legittime di prelazione fra' creditori, cioè privilegî o ipoteche: « Chiunque si è obbligato personal-
« mente è tenuto ad adempiere alle sue obbliga-
« zioni su tutti i suoi beni mobili ed immobili,
« presenti e futuri. *Tutti* i beni del debitore sono
« *la comune garantia* de' suoi creditori; ed il prez-
« zo si ripartisce fra essi per contributo, quando
« non vi sieno cause legittime di prelazione frai
« creditori. Le cause legittime di prelazione sono
« i privilegî e le ipoteche »; art. 2092, 2093 e 2094 c. c. = *1962, 1963 e 1964 ll. cc.* In vece che il pegno nel suo significato limitato e speciale, è il dritto che ha il creditore di farsi pagare sulla cosa pegnorata, con prelazione agli altri creditori; art. 2073 c. c. = *1943 ll. cc.*

508. Questo articolo dice ancora *con privilegio e prelazione agli altri creditori*, e tuttavolta siffatta causa di prelazione non è simile a quella donde risultano i privilegî propriamente detti, quelli che il Codice qualifica così; giacchè secondo l'art. 2095 c. c. = *1965 ll. cc.*, il privilegio è un dritto che *la qualità del credito* attribuisce ad un creditore, per essere preferito agli altri creditori anche ipotecarî; mentrechè la causa della prelazione risultante dal pegno non è la qualità del credito, poichè ogni credito può essere validamente cautelato con un pegno; deriva unicamente dalla con-

venzione intervenuta tra il debitore ed il creditore, colla consegnazione a costui della cosa data per pegno. Del resto siccome il risultamento è lo stesso, ciò spiega l' uso di questa voce *privilegio* applicata al dritto di pegno, e seguìta immediatamente da quella di *prelazione*, come se il legislatore con questa specie di ridondanza avesse creduto dover qualificare vieppiù l'effetto del dritto di pegno. Vediamo puranche il pegno formalmente classificato fra i privilegî nell' art. 2102 c. c. = *1971 ll. cc.*, nel titolo *de' Privilegî.*

509 È indubitato che questo privilegio del creditore a cui si è dato un pegno non può essere primeggiato da privilegî speciali sopra mobili, eccetto da quello dell' artefice che avesse fatto spese per la conservazione della cosa dopo che fu consegnata al creditore, e da quello delle spese giudiziali per ottenere la vendita del pegno, in mancanza di pagamento, e salvo puranche il dritto di rivendicazione accordato al locatore dall' art. 2102 c. c. = *1971 ll. cc.*, se fa d' uopo. Ma quando si presentino creditori aventi privilegî generali sopra i mobili, le opinioni son divise sulla quistione se tai creditori debbano esser preferiti ai privilegiati sopra dati immobili soltanto, per conseguenza il creditore a cui fu dato un pegno, del pari che essi in mancanza di beni mobili son preferiti ai privilegiati sopra gl' immobili; art. 2104 e 2105 c. c. = *1973 e 1974 ll. cc.* Non è questo il luogo di discutere siffatta quistione; per ora ci limitere-

mo a dire che l'art. 2073 c. c. = *1943 ll. cc.* accordando espressamente, e senz' alcuna limitazione, la prelazione al creditore a cui venne dato il pegno, *sugli altri creditori* del debitore, non avrebbero alcun dritto i domestici di costui ed i fornitori a sostenere di dovergli essere preferiti sul prodotto del pegno; che lo stesso è delle spese giudiziali generali, e forse anche delle stesse spese funebri, malgrado l' estremo favore di cui sempre godettero. Il possesso de' mobili vigente il Codice è generalmente il titolo più valido, allorchè sia di buona fede; è preferito puranche nella maggior parte de' casi al dritto stesso di proprietà (art. 1141 e 2279 c. c.= *1095 e 2185 ll. cc.*), e il dritto di pegno diverrebbe facilmente illusorio in mano del creditore se tale pretensione dovesse prevalere.

510. Questo dritto del creditore, di essere pagato sulla cosa ch' è l' oggetto del pegno con prelazione sugli altri creditori, non ha luogo tuttavolta, se non quando vi sia un atto pubblico, o una scrittura privata debitamente registrata, che contenga la dichiarazione della somma dovuta, come pure la specie e la natura delle cose date in pegno, o vi sia annesso uno stato della loro qualità, peso e misura; art. 2074 c. c. = *1944 ll. cc.*

Si vollero con ciò prevenire le frodi, che avrebbero potuto facilmente commettersi verso gli altri creditori del medesimo debitore, o supponendo una costituzione di pegno, o circa al valor del credito, o finalmente circa alla natura e alla quantità delle cose soggette al pagamento di tal credito.

511. Ma i motivi che generalmente dispensano dal ridurre in iscritto le convenzioni che non eccedono cento cinquanta franchi (art. 1341 c. c. = *1295 ll. cc.*), avendo la medesima forza per questo caso ; la legge non richiede la riduzione dell' atto in iscritto ed il registro, se non in materia eccedente questa somma ; *ibid.*

Le parole poi *in materia eccedente cento cinquanta franchi* si riferiscono alla somma dell' interesse in disputa tra il creditore cui fu dato il pegno e gli altri creditori. Se dunque per sicurezza di un prestito di dugento franchi, il creditore non abbia ricevuto in pegno che una cosa del valore di cento franchi soltanto, ciocchè non avverrà ordinariamente, ma che alla pur fine è possibile, perchè il debitore non potette somministrare un pegno di maggior valore, e nulladimeno il creditore voleva obbligarlo, il privilegio esisterà interamente, ancorchè non vi sia stata alcuna scrittura. L' interesse del creditore a cui venne dato il pegno e quello degli altri creditori non sono in fatti in disputa che rispetto a tal valore di cento franchi : non è il valore del credito quello che forma l' oggetto della contesa, ma il valore della cosa sulla quale si vuole esercitare una prelazione a loro riguardo. In senso inverso il privilegio deve puranche sussistere nel caso in cui il credito sia soltanto di cento franchi, e la cosa data in pegno sia di un valore di più di dugento franchi; imperciocchè l' interesse del creditore che ebbe il pegno e

quello degli altri creditori non sono similmente in conflitto se non per un valore che non eccede centocinquanta franchi : altrimenti bisognerebbe dir pure che tale privilegio, per non esservi una scrittura, nè anche sussiste sulla cosa del più modico valore, perchè il credito ascenderebbe oltre a cento cinquanta franchi, ciocchè sarebbe assurdo, poichè il creditore può sempre limitarlo al valore del pegno, ed agli altri creditori importa soltanto che il privilegio non si eserciti per oltre cento cinquanta franchi e della somma dovuta. Altronde la legge non prescriveva al creditore di far estimare la cosa prima di riceverla in pegno, ed egli potette credere che non valesse più di cento franchi, o almeno più di cento cinquanta franchi.

512. Siccome, ai termini dello stesso art. 2074 c. c. =*1944 ll. cc.*, la riduzione dell'atto in iscrittura si richiede in materia di cento cinquanta franchi soltanto per l'esercizio del privilegio, per conseguenza rispetto agli altri creditori, da ciò segue che tra le parti medesime l'esistenza della convenzione di pegno, e la ricezione della cosa a tal titolo, possono giustificarsi con tutti gli altri mezzi di dritto; colla corrispondenza delle parti, colla confessione del debitore, col suo rifiuto a prestare il giuramento, anche colla pruova testimoniale, qualora si fosse in un caso in cui la legge l'ammette; per conseguenza, e se la pruova fosse fatta, il debitore non potrebbe domandare la cosa prima di aver soddisfatto il debito.

Che anzi se il creditore neghi di aver ricevuto un pegno, spetta al debitore farne la pruova, e non potrebbe farla per mezzo di testimoni nel caso in cui la cosa domandata eccedesse il valore di cento cinquanta franchi, se non quando documentasse che il pegno fu dato in una circostanza in cui non era possibile alle parti di formarne una scrittura; art. 1341 e 1348 c. c. = *1295 e 1302 ll. cc.*, insiem combinati.

Che se il creditore confessi di aver veramente ricevuto la tal cosa dal debitore, ma pretenda che l'abbia ricevuto a titolo di dazione in pagamento o di vendita, e non a titolo di pegno, la sua confessione non può scindersi (art. 1356 c. c. = *1310 ll. cc.*); salvo al debitore il provare coi mezzi di dritto, di aver dato la cosa a titolo di pegno.

513. Si è veduto che quando l'atto sia in iscrittura privata, dev'essere registrato; ma quando debb'esserlo? Il Codice non istabilisce alcuna epoca, ma egli è certo che non potrebbe esserlo utilmente pel creditore dopo il fallimento del debitore, e neanche nei dieci giorni che precedettero l'apertura del fallimento; e sarebbe lo stesso dell'atto autentico. In fatti, ai termini dell'art. 443 c. com. = *435 ll. ecc. com.*, niuno può acquistare privilegio sopra i beni del fallito nei dieci giorni, e sarebbe evidentemente acquistare con ciò un privilegio, poichè senza il registro non ve n'era. Ed anche fuori il caso del fallimento del debitore, il registro a cui si fosse adempito sol dopo eseguito un sequestro presso terzo a

richiesta di altro creditore, non potrebbe essere opposto a quest' ultimo; non potrebbe esserlo che ai creditori i quali avessero proceduto al sequestro dopo che la cosa erasi data in pegno.

514. Non sembra che il Codice abbia inteso ammettere la pruova della certezza della data dell' atto in iscrittura privata in modo diverso dal registro, affinchè il creditore possa avere il suo privilegio: talmente che la morte di uno di coloro che firmarono la scrittura, o l' inserzione di questa scrittura in un atto autentico, non basterebbe a tal uopo, sebbene queste circostanze dessero pure agli atti in iscrittura privata una data certa rispetto ai terzi; art. 1328 c. c. = *1282 ll. cc.* In questa materia tutto è di rigore; la legge prescriveva il registro dell' atto, e non vi si è adempito. L' omissione di una formalità prescritta dalla legge per la validità della costituzione di un' ipoteca, o per la validità della iscrizione, produrrebbe sicuramente la nullità dell' ipoteca o della iscrizione, abbenchè la mancanza di tale formalità non lasciasse tuttavolta alcun dubbio sul fatto della costituzione o della iscrizione, ed abbenchè col fatto non avesse cagionato alcun danno ad altra persona; ma ciò è perchè in materia d' ipoteca tutto è di rigore: i varî creditori contendono ugualmente per evitare di perdere, la legge non volle accordare la prelazione che a coloro i quali fossero in uno de' casi da essa preveduti, ed avessero adempito le formalità da essa prescritte per assicurare tale prelazione. Or il dritto

di pegno è della medesima natura, e poichè il Codice prescrive il registro della scrittura come formalità, è d' uopo che siffatta formalità sia puranche adempita perchè il creditore abbia un privilegio (1).

515. Similmente in materia di più di cento cinquanta franchi la costituzione di pegno, e il trasferimento della cosa a tal titolo non potrebbe essere provato rispetto agli altri creditori, e riguardo al privilegio, col mezzo di testimoni mercè lo aiuto di un principio di pruova per iscritto. Sarebbe lo stesso del caso in cui il creditore offrisse dimostrare che questa convenzione e questo trasferimento ebbero luogo in una circostanza in cui non era possibile di fare un atto; giacchè il Codice lo prescriveva, come forma sostanziale, per assicurare il privilegio. Altronde il registro che esso prescriveva puranche, mancherebbe in questi casi. La pruova testimoniale potrebbe ammettersi tra le parti in virtù degli art. 1347 e 1348 c. c. = *1301 e 1302 ll. cc.*, ma non ad effetto di esercitare il privilegio, pel quale la regola da seguirsi è la disposizione dell' art. 2074 c. c. = *1944 ll. cc.*

---

(1) Delvincourt era di contraria opinione, perchè, ei diceva, il registro non è qui richiesto come disposizione pecuniaria, ma semplicemente per dare all' atto una data certa. Se dunque esso l'abbia altronde, *puta*, colla morte di uno di coloro che lo firmarono, ha luogo il privilegio.

Noi non siamo di tal parere: consideriamo il registro della scrittura, in materia eccedente cento cinquanta franchi, come una formalità costitutiva del dritto di pegno.

516. Se però il creditore, per effetto di qualche accidente imprevisto e risultante da una forza irresistibile, avesse perduto l'atto di pegno, debitamente registrato, non cade dubbio che potrebbe essere ammesso a giustificare il suo dritto verso tutti col mezzo della pruova testimoniale, anche senza principio di pruova per iscritto, e ad esercitare in tal modo il suo privilegio; art. 1348 n.° 4 c. c.= *1302 ll. cc.*

517. È forse necessario che la scrittura privata formata per comprovare la convenzione di pegno e la tradizione della cosa a tal titolo, sia fatta in doppio originale? Da una parte puossi dire che lo art. 2074 c. c. = *1944 ll. cc.* nulla dispone a questo riguardo; che parla soltanto di un atto pubblico o di una scrittura privata debitamente registrata; che il contratto del quale si tratta non è del numero de' contratti perfettamente sinallagmatici, e per conseguenza che non sembra di poterglisi applicare l'art. 1325 c. c. = *1279 ll. cc.* D'altra parte si può dire che è indispensabile al creditore una scrittura per giustificare il suo privilegio, e che il debitore ha bisogno puranche di averne una per poter giustificare la consegnazione fatta delle cose, e domandarne la restituzione dopo pagato il debito. Ciò è vero, ma nulladimeno non n'emerge che il contratto sia effettivamente sinallagmatico nel suo scopo, ch' è di conferire un privilegio al creditore: riguardo a questo scopo nulla avvi di sinallagmatico; neppure avvi obbligazione, v' ha soltanto

un dritto, e questo dritto è interamente dal canto del creditore: or l' art. 2074 c. c. = *1944 ll. cc.* richiede una scrittura soltanto per rapporto alla costituzione del privilegio. Gli altri creditori non potrebbero dunque sostenere che l' atto sia nullo per non essere stato fatto in doppio originale, o perchè i due originali fatti non contenessero la menzione di essere stati fatti in doppio. Ma si comprende che la scrittura dev' esser consegnata al creditore, e che la prudenza impone al debitore di averne un doppio originale.

518. L' articolo prescrive di specificare nell' atto la somma dovuta, ma non impone di mentovare la data e neanche la causa del credito, abbenchè ciò avrebbe dovuto sembrare utilissimo per prevenire le frodi, per dare agli altri creditori il mezzo di provare più facilmente che questo medesimo credito sia stato estinto dopo l' atto, o mediante pagamento o mediante compensazione, prescrizione o altro modo qualunque, e che si voglia far servire il pegno ad un altro credito. Che che ne sia, non si dovrebbe pronunziare la nullità dell' atto, e per conseguenza quella del privilegio, per mancanza di tali menzioni; salvo agli altri creditori di dimostrare con tutti i mezzi di dritto che il credito pel quale erasi effettivamente dato il pegno si è di già estinto.

519. Se i creditori di una persona sostengano che costei abbia dato ad uno di loro cose in pegno di un valore eccedente cento cinquanta franchi, sen-

za che siasi fatta una scrittura, o senza che quella fatta siasi registrata, è certo che, qualora questo creditore lo neghi, spetta ad essi il far la pruova di quanto hanno allegato, e non potrebbero farla per mezzo di testimoni senza principio di pruova per iscritto, adducendo per pretesto che non dipese da essi aver una pruova per iscritto del fatto allegato; giacchè non sarebbero in alcuno de' casi in cui l'art. 1348 c. c. = *1302 ll. cc.*, ben applicato, accorda la pruova testimoniale per tal motivo. Essa presenterebbe gli stessi pericoli che negli altri casi. La dichiarazione affermativa dello stesso debitore, in sostegno della loro dimanda, neanche sarebbe generalmente di alcuna considerazione.

E se il creditore confessasse in fatti di aver ricevuto dal debitore talune cose di un valore maggiore di cento cinquanta franchi, ma pretendesse di averle ricevute in pagamento del suo credito, o di averle da lui comprate, la sua confessione, come indivisibile (art. 1356 c. c. = *1310 ll. cc.*), dovrebbe essere ammessa o rigettata per intero; salvo agli altri creditori il giustificare coi mezzi di dritto che la consegnazione venne fatta a titolo di pegno, pegno nullo nella specie per non essere stato costituito con iscrittura. Il possesso fa presumere la proprietà nel possessore, sino alla pruova in contrario (art. 2230 c. c. = *2136 ll. cc.*), e particolarmente in fatto di mobili il possesso vale per titolo (art. 2279 c. c. = *2185 ll. cc.*): spetta dunque

agli altri creditori il provare che tal possesso sia a titolo di pegno, e non a titolo di proprietà. E non crediamo tampoco che in questo caso ancora si potrebbe ammettere la pruova testimoniale senza principio di pruova per iscritto, ammenochè dalle circostanze della causa non risultassero gravi presunzioni della falsità di ciocchè allegò il convenuto, il quale pretende di aver ricevuto la cosa a titolo di pagamento o di compra, e non a titolo di pegno.

520. Siccome debbesi all'atto unire lo stato delle cose date in pegno, qualora non si trovi nell' atto medesimo, ci sembra che dev' essere puranche registrato, se il valore ascenda a più di cento cinquanta franchi, quantunque l' art. 2074 c. c. = *1944 ll. cc.* non lo prescrive nominatamente; giacchè non avendo senza di ciò alcuna data certa, si potrebbero facilmente frodare gli altri creditori colla sostituzione di un nuovo stato contenente più cose, o cose di maggior volore.

Se l' atto siasi formato in iscrittura privata, lo stato dev' essere sottoscritto dal debitore, per la validità del privilegio; diversamente nulla attesterebbe che le cose compresevi sien quelle date in pegno. Ma non è di rigore che sia puranche sottoscritto dal creditore; ciò è utile soltanto per la sicurezza del debitore, affinchè possa, dopo aver pagato il debito, domandare con buon successo tutte le cose realmente comprese nello stato; ed all'oggetto conviene ancora che questo stato sia fatto in doppio, affinchè il debitore ne abbia uno sotto-

scritto dal creditore. Se l' atto medesimo, come avviene ordinariamente, sia fatto in doppio originale, si annette uno de' doppî originali dello stato a ciascuno degli originali dell' atto di pegno. Per evitare ogni dubbio è meglio che ciascuna delle parti sottoscriva ambedue i doppî originali dello stato, del pari che ambedue gli originali dell' atto; ma non è ciò assolutamente necessario. Se l'atto sia stipulato da notaro, lo stato dev' essere sottoscritto dal debitore e dal creditore, o contenere la loro dichiarazione di non sapere o di non potere sottoscrivere, e va unito alla minuta dell' atto.

521. Questo stato, o che sia contenuto nell'atto medesimo o che sia unito allo stesso, deve, a tenore del nostro articolo, contenere la indicazione *della specie e della natura* delle cose date in pegno o della loro *qualità*, *peso e misura*, affinchè le parti mediante un fraudolento concerto non ne sostituiscano altre di diversa specie, di maggior valore, o non ne aggiungano a quelle sottoposte al dritto di pegno, colla mira di nuocere agli altri creditori, ed affinchè si sappia puranche ciocchè deve restituire il creditore che ricevette il pegno. Quindi non basterebbe dichiarare nell' atto, o nello stato che vi fosse annesso, che siensi date in pegno tante pezze di panno; ma converrebbe specificare la qualità del panno, poichè ve ne ha d'infinite specie e di diversi valori. Avvi su tal riguardo una decisione della Corte reale di Parigi degli 8 giugno 1809, ch' è utile di qui riferire, tanto più

che crediamo doverla confutare come avendo annullato per lo intero il contratto di pegno, sebbene fra le cose date ve ne fossero alcune bastantemente specificate, come lo riconosceva la Corte medesima.

522. Duquesnoy, debitore di Roger, di una somma di circa 40,000 fr., dà in pegno a costui una biblioteca di circa 15,000 volumi di diversi sesti. L' atto comprovante il pegno fu fatto in iscrittura privata nel 19 dicembre 1807 e registrato nel 21 dello stesso mese. La indicazione degli oggetti era così conceputa :

« Dodici scaffali di biblioteca di diverse grandez-
« ze, e circa quindici mila volumi di varî sesti,
« di cui Lecher, libraro di Parigi, forma in que-
« sto momento il catalogo, affinchè ne sia annessa
« una copia al presente stato ».

Prima di formarsi il catalogo Duquesnoy disparve e fu dichiarato in istato di fallimento.

Essendo il governo suo creditore, l' agente del Tesoro dimandò la nullità dell' atto comprovante la convenzione di pegno, fondandosi sull'art. 2074 c. c. = *1944 ll. cc.* Egli sosteneva che secondo questo articolo, la generale enunciazione *di biblioteche, di volumi*, non era bastante; che bisognava ancora enunciare la *specie* delle opere, de' sesti, delle edizioni; che intendevasi sotto la voce *specie* ciocchè era compreso sotto il *genere*; che in un senso generale i libri proprî a comporre una biblioteca debbono essere considerati come un genere

di opere; che in un senso più particolare, quelli fatti dal tale autore sulla tale materia, debbono considerarsi come la specie compresa sotto il genere; che in questo senso doveva intendersi l'art. 2074, poichè richiede la dichiarazione della *specie* e della *natura* delle cose date in pegno, o uno stato annesso della loro *qualità*, *peso e misura*; che la legge richiedendo una indicazione precisa, aveva avuto in mira lo evitare le frodi che potrebbero facilmente commettersi sostituendo cose preziose a cose di poco valore; le quali frodi sarebbe impossibile di verificare se vi fosse insufficienza nella designazione; che nella specie nulla garantiva che non si fossero sostituite opere di gran prezzo ad altre di poca importanza, e che non si fosse così snaturata in danno de' creditori una convenzione di pegno, di dritto meramente civile, e per la quale tutte le formalità dovevano essere rigorosamente osservate.

Tali ragionamenti non prevalsero in prima istanza, ma in grado di appello furono accolti. « Attesochè, disse la Corte, molte cose date in pe-« gno non furono indicate in modo conforme alla « legge, specialmente l'articolo principale dei detti « oggetti, che era la collezione de' libri componenti « la biblioteca di Duquesnoy, poichè l'atto di pe-« gno non contiene alcuna indicazione di volumi « di questa collezione, nè mediante la natura delle « opere, nè mediante il loro sesto, edizioni o al-« tri segni del loro valore, e che il catalogo il

« quale avrebbe dovuto essere annesso a quest'atto,
« non fu fatto che dopo il fallimento ; dichiara di
« essersi mal giudicato, e di esser nullo l'atto di
« pegno. »

Ma ci sembra che la Corte, anche trovando la indicazione degli oggetti insufficiente soltanto per la maggior parte, avrebbe dovuto limitarsi a privare il creditore del dritto di pegno sugli oggetti non indicati abbastanza ; giacchè è massima che *utile per inutile non vitiatur.* Pare che oltre ai libri eranvi taluni altri oggetti, e v' erano specialmente dodici scaffali da biblioteca, i quali dovevano essere di valore assai importante, ed a riguardo di cui non sembra che l'agente del Tesoro allegasse insufficienza d' indicazione.

Roger produsse ricorso per cassazione, per falsa interpetrazione dell' art. 2074, e fu pronunziato arresto di rigetto ne' seguenti termini : « Attesochè
« *nel fatto* è soltanto ammesso dalla decisione im-
« pugnata, che molti articoli, e specialmente quel-
« lo di 15,000 volumi di libri, il più importante
« oggetto compreso nell' atto di pegno del 19 di-
« cembre 1807, non si trovavano indicati secondo
« il voto dell' art. 2074 c. c. = *1944 ll. cc.*; che
« secondo ciò e *le particolari circostanze,* la Corte
« di appello *potè senza violare alcuna legge* di-
« chiarare interamente nullo l'atto di pegno di cui
« si tratta, rigetta. Del 4 marzo 1811 ».

In fatti non puossi dire di essersi violata alcuna legge, poichè la Corte di appello avea potuto sti-

mare *nel fatto* e *secondo le particolari circostanze della causa* se la indicazione delle cose date in pegno era oppur no bastante, e se il contratto di pegno contenea nel suo complesso alcuna simulazione, ciocchè sembrerebbe risultare *dalle particolari circostanze della causa*, di cui parla l'arresto di rigetto; ma noi siam sempre fermi in sostenere per massima, che l'insufficienza d'indicazione di taluni oggetti dati in pegno non deve privare il creditore del suo privilegio sopra quelli che furono bastantemente indicati.

523. Siccome l'art. 2084 c. c. = *1954 ll. cc.* dice che « le precedenti disposizioni non sono ap-
« plicabili nè alle *materie commerciali*, nè ai luo-
« ghi autorizzati a far prestiti sopra pegni, riguar-
« do ai quali si osservano le leggi e i regolamenti
« che sono ad essi particolari », si elevò la quistione se fosse necessaria una scrittura in materia di commercio per assicurare il privilegio al creditore cui fu dato il pegno, in un caso però in cui si trattasse di un valor maggiore di cento cinquanta franchi. La Corte di cassazione giudicò questa quistione per l'affermativa, con arresto di cassazione del dì 5 luglio 1820 inserito nel *Bullettino civile*.

Nella specie i sindaci del fallimento di Francesco Pascal avevan compreso nell'attivo del fallito ventiquattro pezze di panno bianco, che i suoi libri di commercio e la sua corrispondenza dichiaravano essere stati da lui dati in pegno di un biglietto di 2801 fr. a Fournier, ma senza che si

fosse fatto alcun atto munito delle formalità richieste dall' art. 2074 c. c. di sopra citato.

Una sentenza in contraddittorio del tribunale di commercio di Lodeve, motivata sulla mancanza di atto pubblico o in iscrittura privata, condannò Fournier, anche coll' arresto personale, a consegnare le dette ventiquattro pezze di panno, o 2999 fr. per loro valore; ma sull'appello prodotto da Fournier, questa sentenza fu riformata con decisione della Corte di Mompellieri del dì 6 maggio 1818, per questi motivi: 1.° che il pegno era legalmente provato mediante la specie di pruova ammessa in materia commerciale; 2.° che l'art. 2084 c. c.=*1954 ll. cc.* eccettua formalmente le materie commerciali dalle disposizioni dell' art. 2074 c. c. = *1944 ll. cc.*; 3.° che non obbligando l'art. 95 c. com. =*94 ll. ecc. com.* se non i commessionati all'esecuzione del detto art. 2074, lasciava tutti gli altri creditori aventi pegni, in materia commerciale, nei termini del dritto comune riguardante queste materie.

I sindaci del fallimento Pascal avendo prodotto ricorso per cassazione, dissero sul primo motivo della decisione di Mompellieri, che se il pegno era legalmente *provato*, non era dimostrato che fosse stato fatto nelle forme richieste dalla legge per fargli produrre privilegio in danno dei terzi; ciocchè era verissimo.

Sul secondo motivo dissero che veramente l'art. 2084 dichiara che le precedenti disposizioni non

sono applicabili alle materie commerciali, ma che questo medesimo articolo soggiunge che seguonsi le leggi di commercio: or tali leggi (art. 8 del titolo VI dell' ordinanza del 1673) richiedevano ancora che vi fosse sempre un atto stipulato innanzi notai, *con minuta*, a differenza del Codice civile, il quale si contenta di un atto in iscrittura privata debitamente registrata.

Sul terzo motivo fecero osservare che gli effetti del pegno, allorchè sia rivestito delle forme prescritte dall' art. 2074 c. c., non formano il dritto comune, ma un' eccezione a tal dritto, la quale non può essere invocata se non dai creditori aventi pegno che vi si sono uniformati.

Queste osservazioni, fondate sul chiaro testo della legge, non potevano non essere accolte: quindi lo furono col seguente arresto:

« Considerando che ai termini dell' art. 2073 e « 2074 c. c. = *1943 e 1944 ll. cc.* il privilegio « risultante dal pegno non ha luogo se non quan« do sia stato fatto con atto pubblico, o con iscrit« tura privata debitamente registrata;

« Che questa disposizione del Codice civile, uni« forme a quanto era prescritto nell'antica legisla« zione commerciale coll' art. 8 del titolo VI del« l' ordinanza del 1673, è ora applicabile a tutti « i pegni senza distinzione, come tutte le leggi « componenti il Codice civile lo sono in ogni caso « in cui non sieno state derogate con una legge « speciale;

« Che la pruova di essere ora questa disposizio-
« ne del Codice civile applicabile ai pegni in ma-
« teria di commercio, risulta puranche *sia* dac-
« chè l' eccezione la quale nell' art. 2084 era sta-
« ta fatta agli art. 2073 e 2074, rispetto alle leg-
« gi particolari al commercio di cui ordinava l' e-
« secuzione, è divenuta senza oggetto attesa la de-
« rogazione che l' art. 2 della legge del 15 settem-
« bre 1807 apportò alle leggi antiche del commer-
« cio; *sia* dacchè il Codice di commercio, il qua-
« le ha surrogate queste leggi antiche, e che fu
« promulgato posteriormente al Codice civile, non
« contiene nè eccezione nè derogazione agli art.
« 2073 e 2074 del detto Codice; *sia* finalmente
« dacchè dopo aver stabilito coll' art. 535 c. com.
« = *527 ll. ecc. com.* che i soli creditori che sa-
« ranno *validamente* cautelati con pegni avranno
« privilegio, il legislatore dichiarò nell' art. 95 del
« medesimo Codice = *94 ibid.* che i commessiona-
« ti risedenti nel medesimo luogo de' committenti
« non avrebbero privilegio sulle mercanzie deposi-
« tate e consegnate che uniformandosi alle disposi-
« zioni prescritte dal Codice civile pel prestito sopra
« pegno;

« Che da ciò segue che accordando a Renato Four-
« nier il privilegio di essere pagato prima degli al-
« tri creditori sul prezzo di ventiquattro pezze di
« panno che gli erano state date in pegno da Fran-
« cesco Pascal, sebbene non essendovi stato atto
« pubblico o iscrittura privata di tal pegno, e che

« quindi Fournier non fosse *validamente* cautelato
« con pegno, la Corte reale fece una falsa applica-
« zione tanto dell' art. 2084 del Codice civile che
« dell' art. 109 c. com. = *108 ll. ecc. com.*, sui
« quali motivò la sua decisione, e violò espressa-
« mente gli art. 2073 e 2074 del Codice civile,
« e l' art. 535 c. com. = *527 ll. ecc. com.*;

« Per questi motivi, la Corte cassa ed annulla la
« decisione della Corte reale di Mompellieri del 6
« maggio 1818; ecc. »

Aggiungeremo a questi motivi che l' art. 2084 c. c. = *1954 ll. cc.* dicendo che le precedenti disposizioni non sono applicabili alle materie commerciali, ebbe in mira, non già le convenzioni di pegno propriamente dette, ma diversi dritti di pegno particolari al commercio, e pei quali in fatti non sono richieste le formalità prescritte da questi articoli: tal' è specialmente il caso previsto dall'art. 93 c. com. = *89 ll. ecc. com.*, caso nel quale esiste un privilegio analogo nella sua causa a quello risultante dal contratto di pegno propriamente detto, e che avea luogo del pari nelle antiche leggi sul commercio.

524. Il privilegio può ugualmente stabilirsi sopra mobili incorporali, come i crediti ritenenti la natura di beni mobili, ma è d' uopo altresì che il contratto di pegno sia fatto con atto pubblico o con iscrittura privata, debitamente registrata, e che sia notificato al debitore del credito dato in pegno; art. 2075 c. c. = *1945 ll. cc.*

Questo articolo non fa distinzione, come il precedente, tra il caso in cui la materia fosse oppur no maggiore di cento cinquanta franchi; prescrive altronde di fare al terzo debitore del credito dato in pegno una notificazione dell'atto di pegno: donde emerge che qualunque sia la somma, è d'uopo necessariamente di un atto se non per l'effetto del pegno tra le parti, cioè perchè il debitore non possa riprendere il suo titolo prima di aver pagato il suo debito, almeno per assicurare un privilegio al creditore, e per impedire al terzo di liberarsi verso il proprio creditore. Questa notificazione investe il creditore cautelato da pegno rispetto al terzo, del pari che ai termini dell' art. 1690 c. c. = *1536 ll. cc.* investe un cessionario rispetto al debitore del credito ceduto.

Ma siccome un'accettazione fatta dal debitore con atto autentico investe un cessionario a suo riguardo ed a riguardo de' terzi come lo farebbe una notificazione del trasferimento a questo debitore, è forza da ciò conchiudere che se colui contro il quale il credito è dato in pegno intervenga nel contratto di pegno stipulato con atto pubblico e l' accetti, o se l' accetti posteriormente, ed anche con atto autentico, lo scopo della legge è perfettamente conseguito, come se gli fosse stato intimato l'atto di pegno: l'accettazione con atto autentico valse sempre come notificazione.

525. È d' uopo però che il titolo di credito sia consegnato al creditore, come lo giudicò la Corte

di Liegi con decisione del 25 maggio 1810 (1). Infatti la intimazione al terzo debitore del credito dato in pegno non è per sè stessa costitutiva del dritto di pegno; lo scopo di tale intimazione è d' impedire al terzo che si liberi pagando al suo creditore, come lo farebbe un sequestro presso terzo: per costituire efficacemente il dritto di pegno è necessario il possesso o la detenzione per parte del creditore della cosa che vi è soggetta; e siccome il titolo del credito lo rappresenta, mediante il possesso del titolo, il creditore con pegno possiede il credito, per quanto è possibile possedere una cosa incorporale, meramente intellettuale.

526. Questo possesso del resto non dà al creditore il dritto di esigere il valore il credito, eccetto però gli interessi nel caso in cui ne producesse (art. 2081 c. c. = *1951 ll. cc.*): per esigere il capitale gli sarebbe necessaria una procura, e questa procura, sebbene data col contratto di pegno, potrebbe generalmente rivocarsi: in diverso modo l'atto avrebbe piuttosto la natura di una cessione o di una delegazione di credito, che quella di un contratto di pegno. Se il terzo debitore voglia liberarsi, ed il creditore non abbia ricevuto mandato di esigere il credito, può depositare salvo i dritti del creditore cautelato dal pegno. Può anche fare il suo pagamento al suo creditore in presenza del creditore che fu cautelato con pegno, il quale esige il

---

(1) *Sirey*, 1811, 2, 54.

capitale in soddisfazione del proprio credito, sino alla debita concorrenza, e quest' ultimo non può negarsi di presentare a tale oggetto il titolo a lui dato in pegno. Se ciò non fosse un completo pagamento del suo credito, e non volesse egli ricevere tal pagamento parziale, allora il terzo debitore depositerebbe salvo i dritti di questo creditore cautelato con pegno.

527. Sebbene l' art. 2279 c. c. = *2185 ll. cc.* disponga che in fatto di mobili il possesso vale per titolo, i giudici del merito possono nondimeno decidere, secondo le circostanze e le presunzioni, che gli effetti al possessore non sono in mano di un commerciante che a titolo di pegno e non di proprietà; giacchè per determinare la natura di un atto, è d' uopo esaminare ciocchè fecero e vollero fare le parti: or la estimazione dei fatti e delle circostanze che conducono a siffatto risultamento, è della competenza del giudice del merito. E questo pegno è nullo se non sia stato costituito secondo le formalità prescritte (1).

528. In tutti i casi de' quali abbiamo parlato, il privilegio non sussiste sul pegno se non in quanto lo stesso pegno sia stato consegnato e sia rimasto in potere del creditore, o di un terzo eletto dalle parti; art. 2076 c. c. = *1946 ll. cc.* Siccome non è questo un privilegio che risulta dalla *quali-*

(1) Tanto fu giudicato dalla Corte di cassazione con arresto del 3 aprile 1823, citato nel Repertorio di Favard de Langlade alla voce *Pegno*, n.° 6.

tà del credito, ma una prelazione fondata sul possesso della cosa, tal possesso è indispensabile e per la costituzione e per la conservazione del privilegio: in modo che se il creditore volontariamente restituisse la cosa al debitore, perderebbe per la ragion medesima il privilegio.

529. Ma ben si comprende che se il debitore praticasse frode o sorpresa per riacquistare la cosa data in pegno, il creditore potrebbe rivendicarla. Potrebbe ugualmente rivendicarla se gli fosse stata involata da un terzo, o se l'avesse perduta, e lo potrebbe nel corso di tre mesi dal giorno della perdita o del furto, per argomento dell'art. 2279 c. c. = *2185 ll. cc.* Ma se colui contro al quale venisse sperimentata la rivendicazione avesse comprato la cosa in una fiera o mercato, ovvero in occasione di una vendita pubblica, o da un mercante venditore di simili cose, il creditore che l'ebbe in pegno non potrebbe farsele restituire se non col peso di rimborsare il prezzo che costò; art. 2280 c. c. = *2186 ll. cc.*

530. Se la cosa distratta dal debitore fosse perita in sua mano, il creditore non potrebbe domandargli che il pagamento del debito, gl' interessi e le spese, se ne fossero dovuti, e le spese da lui fatte per la conservazione della cosa al tempo in cui gli fu involata. Ma se si proceda per la rivendicazione contra un terzo (nei casi in cui possa esserlo), e la cosa sia perita in suo potere, il creditore può da lui domandare il pagamento del

valore della cosa, come pure le spese da lui fatte per conservarla, attesochè è tenuto verso il debitore a restituirgli l'eccedenza del valore della cosa sull'importare del debito (1).

531. Perchè il creditore sia costituito in possesso del pegno, è forse assolutamente necessario che la cosa esca dagli edifizî del debitore nel caso in cui vi fosse al tempo del contratto? Nol crediamo: secondo l'art. 1606 c. c. = *1452 ll. cc.*, la tradizione delle cose mobili si effettua col consegnar le chiavi degli edifizî ove si conservano, e con tal mezzo sicuramente il compratore acquista il *possesso*, poichè la tradizione è la traslazione della cosa venduta in *potere* e *possesso* del compratore; art. 1604 c. c. = *1450 ll. cc.* Per esempio, se il mio debitore mi dà cento botti di vino in pegno contenute nel suo cellaio, di cui mi consegna la chiave, non si scorge perchè questo pegno non sarebbe valido; la legge non volle obbligare le parti a fare spese considerevoli di trasporto per le cose di gran peso. Io *posseggo* la cosa, poichè avendo la chiave del cellaio, posso io solo andarvi. Ciocchè farebbe incontrastabilmente riguardare un compratore come possessore reale, e darebbe luogo a suo vantaggio ad applicare l'art. 1141 c. c. = *1095 ll. cc.* (mediante il confronto di questo coll'art. 1606 c. c. = *1452 ll. cc.*), deve ugualmente far considerare un creditore cautelato con pegno come avendo in si-

(1) *V.* la l. 21, § 3, ff. *de Pignor. act.*

mil caso il possesso del pegno; salvo agli altri creditori tutti i mezzi di dritto proprî a stabilire che il pegno non è che simulato. La formazione di un atto e il suo registro, qualora la somma ecceda centocinquanta franchi, sono altronde una forte garantia della veracità del contratto.

532. Potendo il dritto di pegno produrre l'alienazione della cosa, qualora non si pagasse il debito, da ciò segue che il pegno non può regolarmente darsi che dal proprietario. Nulladimeno un terzo proprietario può altresì darlo pel debitore (art. 2077 c. c. = *1947 ll. cc.*), o obbligandosi personalmente come fideiussore, o senza obbligar sè stesso.

533. Se sia stato dato da una persona non proprietaria, e senza il consenso del proprietario, il debitore non può perciò riprenderlo (1), ma circa agli effetti del pegno rispetto al proprietario, convien distinguere: o il creditore non era in buona fede, oppure lo era: nel primo caso il contratto è nullo, nel senso che il padrone della cosa può rivendicarla contra il creditore fra tanto tempo fra quanto gli sarebbe lecito rivendicarla da colui che la diede in pegno. Nel secondo caso è forza fare un' altra distinzione: o la cosa fu rubata al padrone o da lui perduta, oppure non avvenne nè l'uno nè l' altro di questi casi fortuiti: nella prima ipotesi il padrone ha il dritto di rivendicarla nel corso di tre anni a contare dal giorno della perdita

---

(1) *V.* la l. 9, § 4, e la l. 22, § 2, ff. *de pignorat. act.*

o del furto, con obbligo per parte sua di rimborsare al creditore cautelato con pegno quanto essa costò al debitore, se costui la comprò in una fiera o in un mercato, o in una pubblica vendita, o da un mercadante venditore di cose simili (per argom. degli art. 2279 e 2280 c. c. = *2185 e 2186 ll. cc.*); imperocchè il creditore esercita a tal riguardo il dritto che potrebbe esercitare il suo debitore, se la rivendicazione si sperimentasse contra di lui in simile caso. Che anzi, quando anche il debitore non avesse comprato la cosa in una di siffatte circostanze, il padrone non potrebbe farsela restituire dal creditore, se non rimborsandogli ciocchè gli è dovuto, se questo creditore l'avesse ricevuta in pegno in buona fede da una persona che allora esercitava commercio di cose simili; salvo il suo regresso contra il debitore il cui debito avesse così pagato, e che non potevagli opporre siffatta eccezione. Nella seconda ipotesi, in cui la cosa non sia stata nè perduta nè rubata, ed in cui supponiamo puranche il creditore in buona fede, il padrone non può domandarla dal creditore se non qualora gli sarebbe lecito domandarla ancora da colui che la diede in pegno, per esempio perchè gliel'avea prestata, ed inoltre rimborsando al creditore la somma che gli fosse dovuta; salvo similmente il suo regresso contra il debitore, che fosse stato da lui in tal modo liberato.

534. Allorchè il creditore venga evinto del pegno, e l'avesse altronde ricevuto in buona fede,

può da quell' istante domandare il pagamento del suo credito, perchè il debitore è decaduto dal beneficio del termine, non più sussistendo le cautele del creditore; art. 1188 c. c. = *1141 ll. cc.* Se però il debitore fosse anch' egli in buona fede, potrebbe essere ammesso a dare un altro pegno che presentasse al creditore altrettanta sicurezza che il primo, per argomento dell' art. 2131 c. c. = *2017 ll. cc.*

SEZIONE II.

Dei dritti e delle obbligazioni che nascono dal contratto di pegno tra le parti medesime.

SOMMARIO.

535. *Vari casi in cui le obbligazioni ordinarie risultanti dal pegno possono aver luogo sebbene il pegno non sia stato regolarmente costituito.*

536. *Il possesso del pegno non è che un deposito in mano del creditore, il quale non può appropriarselo in mancanza di pagamento: suoi dritti in questo caso.*

537. *Nullità di ogni convenzione che autorizzasse il creditore a disporre del pegno in modo diverso da quel che permette il Codice; ma la vendita fattagli dal debitore dopo il contratto è valida.*

538. *La costituzione di pegno che siasi qualificata vendita con patto di ricompra, non può valere che come pegno: conseguenze.*

539. *Nullità della clausola che vietasse al creditore di vendere il pegno qualora non fosse pagato alla scadenza.*

540. *La perdita del pegno avvenuto per caso fortuito riguarda il debitore.*

541. *Ma il creditore è risponsabile delle sue colpe.*

542. *Il debitore dal suo conto deve rimborsare le spese fatte dal creditore per la conservazione del pegno.*

*

543. *Il creditore non può servirsi della cosa data in pegno senza la permissione del debitore.*

544. *Imputazione sugl' interessi del credito, e quindi sul capitale degl' interessi prodotti da quello dato in pegno, ed obbligazione del creditore di restituire gli altri frutti che abbia potuto produrre la cosa.*

545. *Il debitore non può domandare la restituzione del pegno prima di aver pagato interamente il debito, capitale ed accessorî.*

546. *Esame della seconda disposizione dell' art. 2082, riguardo al caso in cui siasi contratto dallo stesso debitore un nuovo debito col medesimo creditore.*

547. *Questa disposizione non ha per effetto di accordare al creditore il privilegio anche pel nuovo debito, se non siensi osservate le formalità per conferirlo.*

548. *Continuazione degli sviluppamenti di questa medesima disposizione.*

549. *Il pegno è divisibile ne' suoi effetti: conseguenze.*

550. *Continuazione.*

551. *L' azione personale del debitore contra il creditore per ragione del contratto di pegno, si prescrive con trent' anni: conseguenze.*

552. Secus *dell' azione reale o di rivendicazione, attesochè il creditore non può acquistare la proprietà della cosa finchè possiede a titolo precario: conseguenze.*

553. *Se vigente il Codice la prescrizione dell' azione del creditore decorra contro di lui finchè sia in possesso del pegno.*

554. *Disposizione particolare.*

535. Vedemmo nella sezione precedente quale sia il dritto che il pegno dà al creditore rispetto agli altri creditori del debitore: ora parleremo dei dritti e delle obbligazioni che nascono direttamente o indirettamente dal contratto tra le parti medesime o loro eredi.

È d' uopo dapprima osservare che questi dritti e queste obbligazioni potrebbero ugualmente aver luogo, come più avanti lo dicemmo, anche nel

caso in cui qualche ostacolo si opponesse che un tal dritto *reale* o privilegio fosse costituito, perchè non si fossero osservate le formalità costitutive di siffatto privilegio (art. 2071 e 2074 c. c. = *1941 e 1944 ll. cc.*), o perchè il costituente non aveva la facoltà di dare in pegno la cosa (1), o finalmente perchè non esisteva in realtà alcun credito per cui potesse darsi in pegno la cosa (2). In quest' ultimo caso di fatti il creditore non è men tenuto alla restituzione della cosa in virtù ancora della convenzione di pegno.

536. Il possesso del pegno non è in mano del creditore che un deposito per sicurtà del suo privilegio (art. 2079 c. c. = *1949 ll. cc.*), e per conseguenza costui non può, anche in mancanza di pagamento, disporne in alcun modo; può soltanto far ordinare giudizialmente che il pegno gli rimanga in luogo di pagamento, e fino alla concorrenza del debito, a norma della stima fatta per mezzo de' periti, ovvero che sia venduto all'incanto; art. 2078 c. c. = *1948 ll. cc.*

Egli ha dritto di domandare o l' uno o l' altro di tai mezzi a sua scelta, ma crediamo che spetti al magistrato l' ordinare ciocchè gli sembrerà più vantaggioso agl' interessi del debitore; salvo però che se mai paresse che le spese della vendita all'incanto non lasciassero una somma bastante a pagare interamente il creditore, il tribunale dovrebbe acco-

(1) L. 9, § 4, e l. 22, § 2, ff. *de Pignorat act.*
(2) L. 11, § 2, ff. *de Pignorat act.*

gliere la domanda di costui che il pegno gli rimanga in luogo di pagamento, sino alla debita concorrenza, a norma della stima fatta per mezzo de' periti; diversamente sarebbe esporlo a perdere, senza alcun effettivo vantaggio pel debitore medesimo.

Dovendo il creditore far ordinare giudizialmente che si possa disporre del pegno, è chiaro che il debitore debb' essere chiamato, sebbene l' articolo non lo dica espressamente; giacchè sarebbe possibile che il credito non più sussistesse in tutto o in parte, o che fosse stata accordata al debitore una prolungazione di termine, ed è necessario che si ascoltino i mezzi di difesa che costui potrebbe produrre.

Ma da un'altro canto il dritto di pegno non arreca alcun pregiudizio al dritto comune che il creditore potrebbe avere a suo vantaggio; per conseguenza se avesse un titolo in forma esecutiva, neanche sarebbe obbligato di dirigersi al magistrato per far vendere le cose da lui ricevute in pegno, come nol sarebbe per far vendere gli altri mobili del debitore: dovrebbe soltanto adempiere le formalità prescritte pel pignoramento di mobili, cioè fare un precetto preventivo al debitore un giorno almeno prima del pignoramento, ec.

537. Colla mira di prevenire le convenzioni usurarie la legge dichiara nullo qualunque patto, il quale autorizzi il creditore ad appropriarsi il pegno o a disporne senza le formalità sopra prescritte; art. 2078 c. c. = *1948 ll. cc.*

Questa nullità, sancita da Costantino nella legge ultima Cod. *de Pactis pignor.*, ha per effetto, diciamo, di prevenire le frodi di taluni creditori i quali, dando un ben modico valore alla cosa costituita in pegno, troverebbero con ciò il mezzo di procurarsi un interesse eccessivo. Ma fu ammesso nella discussione sul progetto di legge, che la vendita fatta dal debitore al creditore, prima o dopo la scadenza del debito, fosse valida, abbenchè non isfuggì alla penetrazione degli oratori i quali presero parte a questa discussione, che una tal vendita in parecchi casi non possa dar luogo alla frode da parte di qualche creditore, il quale abusando della posizione del debitore, può appropriarsi del pegno ad un prezzo molto al di sotto del suo vero valore; ma, si disse, è quasi impossibile prevenire simili inconvenienti, e si volle piuttosto non istabilir formalmente la proibizione, anzichè fare a tal riguardo una disposizione facilissima a rendersi illusoria in materia di mobili.

538. Tuttavolta ragionavasi nella ipotesi di una vendita fatta prima o dopo la scadenza del debito, nella ipotesi di un contratto effettivo di pegno sin da principio; ma se, come spesso avviene, le parti volendo fare in sostanza un contratto di mutuo sopra pegno, dichiararono fare una vendita col patto di ricompra, e la simulazione sia confessata o provata, non cade dubbio che il contratto debba considerarsi come un semplice contratto di pegno, per conseguenza che il debitore pagando il suo debito

possa riprendere la cosa anche dopo decorso il termine stabilito per la ricompra; che il creditore non abbia dritto di disporne che nel modo espresso nel nostro articolo, e di più che il privilegio non esiste per non essersi adempite le formalità; giacchè conviene attenersi a ciocchè effettivamente vollero le parti, anzichè alle espressioni di cui si valsero: *sermo rei, sed non res sermoni, subjicitur.*

Ma se la simulazione non venga confessata, a quai segni conoscerla? È d' uopo convenire che in parecchi casi non va ciò esente da dubbio. Nondimeno, siccome i tribunali sono spesse volte obbligati di rintracciarla e provarla per annullare atti che la contengono, ovvero per riconoscerne le vere caratteristiche, agiranno essi nello stesso modo nel caso in quistione. Si determineranno colle presunzioni e le circostanze della causa, che possono variare all'infinito: dovranno principalmente considerarsi la posizione rispettiva delle parti, la natura delle operazioni abituali di colui che ricevette la cosa; imperocchè se ricevette cose di cui non faceva alcun commercio, mentrechè era abituale a mutuare ad interesse, si potrà facilmente indurre da tali circostanze che volle fare un mutuo con pegno anzichè una compra sotto condizione di ricompra, specialmente ancora se fosse confessato o provato che egli si avea riservato la facoltà di restituire la cosa domandando la somma da lui sborsata. Se essendo inoltre già creditore al tempo che ricevette la cosa, aveva conservato il suo titolo, sebbene il suo cre-

dito si sarebbe dovuto estinguere per intero col prezzo di questa pretesa vendita col patto di ricompra, siffatta circostanza militerebbe contro di lui, poichè non avea bisogno di conservare il titolo di un credito estinto, non potendo il venditore esercitare la ricompra se non col peso di rimborsare il prezzo della vendita.

539. Le leggi romane (1) prevedevano il caso in cui fosse convenuto tra le parti, al tempo del contratto o dopo, che il creditore non potrebbe vendere il pegno in mancanza di pagamento. Questa clausola non avea per effetto d' impedire assolutamente al creditore di vendere, giacchè sarebbe stato allora contraria all' essenza del dritto di pegno, poichè avrebbe privato il creditore della sicurtà effettiva che doveva procurargli; ma avea per effetto di obbligarlo a fare tre intimazioni al debitore, in vece di una sola che ordinariamente si faceva, e la vendita non poteva aver luogo che dopo la terza. Non crediamo che una simile clausola avrebbe questo effetto nel nostro Dritto: essa si reputerebbe non iscritta come contraria alla natura del dritto di pegno, ed il creditore potrebbe sempre procedere, come è detto nel nostro art. 2078 c. c. = *1948 ll. cc.*; salvo al tribunale di accordare un termine di grazia al debitore, in considerazione del suo stato, in conformità dell' art. 1244 c. c. = *1197 ll. cc.*, e di soprassedere per conseguenza dalla vendita del

---

(1) *V.* specialmente la l. 4, ff. *de Pignorat. act.*, e *le Sentenze* di Paolo, *lib.* 2, tit. 13, § 7.

pegno; lo che sicuramente può far puranche, sebbene la clausola di cui si parla non esistesse nel contratto.

540. Essendo il pegno una specie di deposito in mano del creditore, per assicurare il suo privilegio rispetto agli altri creditori, e il suo pagamento riguardo al debitore, da ciò emerge che quest'ultimo, o chi diede il pegno per lui, ne rimane proprietario sino alla spropriazione effettuata in uno de' modi innanzi espressi, o fino alla vendita che ne fosse stata fatta all' amichevole. Per conseguenza se la cosa sia perita per caso fortuito, e senza colpa del creditore, è perita per colui che la diede in pegno, a tenore della regola *res perit domino.*

541. Ma il creditore è risponsabile, secondo la regola stabilita nel titolo *de' Contratti e delle obbligazioni convenzionali in generale*, della perdita o del deterioramento del pegno, avvenuto per sua colpa o negligenza; art. 2080 c. c. = *1950 ll. cc.* E siccome il contratto è nell'interesse delle due parti, il creditore è risponsabile della colpa lieve; giusta la regola stabilita nella legge 5, § 2, ff. *Commodati*, che noi avemmo occasione di applicare più volte (1).

542. Il debitore dee del suo conto compensare al creditore le spese utili e necessarie fatte da costui per la conservazione del pegno (*ibid.*); e ciò

---

(1) *V.* tomo X, n.° 407 e seguenti.

appunto rende sinallagmatico il contratto, ma imperfetto, come più sopra il dicemmo.

Deve compensare le spese realmente necessarie, sino alla concorrenza della loro somma, purchè il creditore non abbia speso oltre ciò che avrebbe speso un buon padre di famiglia in simil caso; e queste spese gli son dovute quando anche la cosa fosse di poi perita, purchè non sia stato per sua colpa, giacchè il debitore le avrebbe fatte, e facendole, il creditore si rese suo *negotiorum gestor.* Ma per le spese semplicemente utili o di miglioria, il creditore non può domandarne il valore che sino alla debita concorrenza soltanto di quanto la cosa aumentò di valore; ed anche generalmente deve astenersi dal farne di tal natura senza il consenso del debitore, nel qual caso si prenderebbe in considerazione la loro convenzione a tale oggetto. *V.*, circa a questa distinzione tra le spese dette necessarie e le spese semplicemente utili fatte sul pegno, le l. 16, § 1, l. 32, l. 36 e l. 41, ff. *de Pignor. act.*, e l. 22, ff. *de Pignor. et Hypothec.*

443. Non essendo il pegno che un deposito tra le mani del creditore, non ha costui il dritto di servirsi della cosa senza il consenso del debitore; ma questo consenso potrebbe in taluni casi presumersi, secondo la natura della cosa e le circostanze del fatto, meno facilmente però che in materia di deposito propriamente detto.

544. Se si tratti di un credito dato in pegno, e

questo credito produca interessi, il creditore deve imputare tali interessi in quelli che possono essergli dovuti (art. 2079 c. c. = *1949 ll. cc.*); ciocchè prova di aver egli il dritto di riceverne il pagamento, come fu da noi detto più innanzi, abbenchè non abbia il dritto di ricevere il pagamento del debito medesimo senza una procura data dal debitore a tale effetto. Gl' interessi sono gli accessorî ai quali per la stessa ragione si estende il dritto di pegno; ed altronde siccome essi si prescrivono in un tempo brevissimo (art. 2277 c. c. = *2183 ll. cc.*), ed il debitore il quale non ha il titolo non potrebbe esigerli, se il terzo non volesse pagarglieli all' amichevole, si presume come se avesse dato facoltà al creditore per esigerli in sua vece, ma coll' obbligo per costui d' imputarli su quelli che potrebbero essergli dovuti.

Se il debito per la cui sicurtà si è dato in pegno un credito, non produca per sè stesso interessi, l' imputazione si fa sopra il capitale del debito (medesimo art. 2079); e se ne produca, ma minori di quelli del credito dato in pegno, la differenza s' imputa ugualmente sul capitale; come in senso in verso, se sia il credito dato in pegno quello che produca interessi minori, non ha luogo la compensazione che sino alla debita concorrenza, secondo le regole stabilite per la compensazione.

Se la cosa data in pegno abbia prodotto qualche frutto, per esempio una vacca o una giumenta

che abbia partorito appresso il creditore, costui ha ugualmente il suo dritto di pegno su questo accessorio (1), ma deve restituirlo colla cosa principale, ammenochè non sia perito senza sua colpa. E dovrebbe restituirlo, qualora esistesse, quando anche la stessa cosa principale fosse perita per caso fortuito, in virtù della regola *quod ex re mea restat, meum est.*

545. Consistendo la sicurezza del creditore nel possesso del pegno, da ciò segue che eccettuato il caso che il detentore del pegno ne abusi, il debitore non può pretenderne la restituzione se non dopo di avere interamente pagato tanto il capitale, quanto gl' interessi e le spese del debito, per sicurezza del quale è stato dato in pegno; art. 2082 c. c. = *1952 ll. cc.*

546. Che anzi se il medesimo debitore avesse collo stesso creditore un altro debito, contratto posteriormente alla tradizione del pegno, e fosse tal debito divenuto esigibile avanti il pagamento del primo debito, il creditore non potrebbe esser tenuto a restituire il pegno innanzi d' essere pagato interamente di ambi i crediti, ancorchè non siasi stipulato di sottoporre il pegno al pagamento del secondo debito; *ibid.*

Questa disposizione, presa dalla legge unica del Codice, *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri*, era più estesa nel roman Dritto, in

---

(1) L. 5, Cod. *In quib. causis pignus, ec.*, e l. 13, ff. *de pignorib. et hypothec.*

cui perchè fosse applicabile, bastava che esistesse un altro debito tra le medesime parti, quando anche quest' altro debito fosse stato anteriore a quello pel quale erasi dato il pegno, e fosse stato pagabile dopo questo.

I compilatori del Codice civile, adottandola, ma restringendone tuttavia gli effetti in giusti limiti, ragionevolmente supposero che le parti vollero in tacito modo estendere l' effetto del pegno, almeno tra loro, al nuovo debito. Ma perchè tale supposizione possa avere un ragionevole motivo, è d'uopo che questo nuovo debito sia stato contratto personalmente dal medesimo debitore, e collo stesso creditore anche personalmente: donde emerge che la disposizione cessa di essere applicabile se il nuovo debito, ancorchè dovuto dal medesimo debitore, e divenuto esigibile prima del pagamento di quello pel quale fu dato il pegno, non è nelle mani del creditore se non perchè lo ricevette da un terzo, mediante cessione o surrogazione, o anche per eredità; imperocchè non avendo avuto la persona che glielo trasmise alcun dritto particolare di pegno sulla cosa per ragione di questo medesimo credito, egli che circa al detto credito è surrogato soltanto ai dritti di questa persona, non può averne di vantaggio; e *vice versa* quando anche i due debiti fossero stati contratti col medesimo creditore, la disposizione non avrebbe luogo se essi non fossero stati contratti dallo stesso debitore: per esempio, se ho dato un pegno a Paolo pel mio debito, e

quegli di cui sono l' erede sia divenuto verso di lui debitore dopo di me, Paolo non avrà dritto a ritenere la cosa sino alla soddisfazione del debito del mio autore; come neanche potrebbe ritenerlo sino al pagamento del mio debito personale, se gli fosse stato dato dal mio autore; salvo a lui in ambedue i casi ad agire contro di me pel pagamento del debito estraneo al pegno, ed anche a farmi pignorare la cosa secondo il dritto comune.

Vero è che il nostro articolo dice semplicemente, *se il medesimo debitore avesse contratto un altro debito collo stesso creditore posteriormente alla tradizione del pegno, e fosse tal debito divenuto esigibile prima del pagamento del primo debito*, ec., e tutte queste circostanze concorrono perfettamente nelle ipotesi da noi pocanzi fatte; ma si volle evidentemente qui parlare di un secondo debito contratto dal medesimo debitore collo stesso creditore. Perchè in fatti questo secondo debito sarebbe puranche garantito specialmente dal pegno, se non fosse la presunzione di essere stata questa la tacita volontà delle parti? E ciò è sì vero, che un debito anteriore a quello pel quale fu dato il pegno, sebbene pagabile prima di questo, rimane del tutto estraneo al pegno, giacchè non potette supporsi che le parti contraendolo avessero inteso soggettarvi un pegno che fu dato dopo. Similmente pure, quando il nuovo debito non sia esigibile che dopo il pagamento del primo, la disposizione non ha luogo, perchè non può supporsi che il debitore, il quale

stipulava così un termine più lungo, pensava obbligar puranche la sua cosa a questo medesimo debito, e privarsi in tal modo della facoltà di farne ciocchè volesse. Altronde se diversamente avvenisse, un creditore avrebbe il mezzo di comprare a vil prezzo i crediti che altri vantassero contra lo stesso debitore, ritenendo in tal guisa il pegno a lui dato finchè non fossero pagati tutti questi crediti, lo che sarebbe certamente contrario all' intenzione che aveva il debitore allorchè diede il pegno ed allorchè contrasse questi nuovi debiti: or la disposizione che noi esaminiamo è evidentemente fondata sulla presunzione della sua intenzione.

547. Del resto, e ciò appunto diminuisce di molto l' importanza della quistione, non convien supporre che il creditore abbia puranche il suo privilegio pel nuovo debito, nel caso ancora in cui sia stato personalmente contratto con lui dal debitore stesso, qualora non siensi ugualmente osservate anche per questo debito le formalità costitutive del privilegio. L' articolo si limita a dare al creditore il dritto di ritenere il pegno finchè non sia pagato dell' uno e dell' altro debito; nè parla esso di privilegio circa al secondo: la ritenuta ha luogo soltanto in faccia al debitore, e non per riguardo agli altri di costui creditori: altrimenti vi sarebbe materia a frodi infinite, e la legge sarebbe dissona con sè stessa, poichè l' art. 2074 c. c. = *1944 ll. cc.* richiede che nell' atto comprovante il pegno si esprima la somma dovuta, mentre che non si esprimerebbe in alcun

modo questa somma per ciò che concerne il nuovo debito: di più, qualora si fosse dato in pegno un credito, la notificazione fatta al terzo debitore sarebbe evidentemente incompleta. La legge unica. *Etiam ob chirograph.* innanzi citata, distingueva essa medesima formalmente: non poteva il creditore valersi del suo privilegio, pel nuovo debito, verso un secondo creditore.

548. Il nostro articolo dice: *e divenuto esigibile* PRIMA *del pagamento del primo debito*; ma la disposizione è senza alcun dubbio applicabile al caso puranche in cui il secondo debito sia esigibile *nel tempo stesso* del primo, purchè siasi contratto posteriormente a questo. Ciò che la legge volle si è che il debitore per riaver la sua cosa non fosse privato del beneficio del termine di questo secondo debito, nel caso in cui non fosse stato esigibile che dopo la scadenza del primo: or nella specie, egli non sarà privato del termine, poichè è scaduto.

Ma *quid* se il secondo debito sia divenuto esigibile dopo la scadenza del primo, ma avanti il *pagamento* di questo? Puossi applicar la disposizione: l'articolo è positivo. In vano il debitore direbbe che il creditore non dovè fidare sul pegno per questo secondo debito, poichè tal pegno non vi sarebbe in fatti stato soggetto se il primo si fosse pagato al suo termine; che quindi un avvenimento ulteriore non dovè sottoporvelo: ciò è vero secondo le mere regole, ma trattasi qui di una disposizione di equità, la quale non può aver effetto riguardo ai terzi,

come lo abbiam dimostrato; ed i compilatori del Codice, uniforme in tal punto alla precitata legge romana, ebbero riguardo al *pagamento* del primo debito, e non all' epoca della sua scadenza o esigibilità. Spettava al debitore, per riprendere il suo pegno, il pagar questo debito al suo maturo, ed ora che sono entrambi esigibili, sta male il volerne pagare soltanto uno, e nondimeno voler riprendere il pegno.

549. Il pegno è indivisibile ne' suoi effetti, non ostante la divisibilità del debito tra gli eredi del debitore e quelli del creditore.

In conseguenza l' erede del debitore che ha pagato la sua porzione del debito, non può domandare la restituzione della sua parte del pegno sino a che non sia interamente soddisfatto il debito.

E vicendevolmente, l' erede del creditore che ha esatto la sua parte del credito, non può restituire il pegno in pregiudizio de' suoi coeredi non ancora soddisfatti; art. 2083 c. c. = *1953 ll. cc.*

Se uno degli eredi del debitore paghi tutto il debito, per poter riprendere il pegno, egli è surrogato ai dritti del creditore, in virtù dell'art. 1251, n.° 3 c. c. = *1204 n.° 3 ll. cc.*, come essendo tenuto con altri allorchè ha pagato, e come avendo in conseguenza interesse alla soddisfazione del debito.

550. Ma nulladimeno il creditore non dovrebbe in ogni caso restituire tutto il pegno al tale fra gli eredi che gli pagasse anche l' intero debito, se que-

sto erede non fosse munito di una procura de' suoi coeredi per riprenderlo; poichè ciascuno de' coeredi è suo creditore per riguardo alla cosa data in pegno, e siccome essa potrebbe valere assai più del debito, e questo erede potrebbe ritrovarsi insolvibile, sarebbe risponsabile verso di essi. La restituzione di un pegno è pari alla restituzione di un deposito, tantoppiù che il Codice dice di non esser altro il pegno se non un *deposito* in mano del creditore, per assicurargli il suo privilegio: or noi abbiam veduto che il deposito, quando sia di una cosa divisibile, deve restituirsi a ciascuno degli eredi del deponente, per la sua porzione ereditaria; e quando sia di una cosa indivisibile, che i coeredi debbono fra loro accordarsi sul modo di riceverlo; art. 1939 c. c. = *1811 ll. cc.* La indivisibilità del pegno non esenta il creditore dalle sue obbligazioni come risultano dal dritto comune; ma ha soltanto per effetto di dispensarlo dal restituire qualsivoglia porzione del pegno a quello erede che gli paghi la sua parte nel debito. Stante ciò, se abbia timori intorno alla solvibilità di chi gli offre il pagamento dell' intero debito, per riprendere tutto il pegno, può limitarsi a rilasciargliene la sua porzione, laddove la cosa sia divisibile, e qualora non si possa dividere, a dimandare che tutti gli eredi si accordino fra loro sul modo di riceverla, ovvero a far ordinare che essa sarà consegnata ad un terzo a titolo di deposito.

551. L' azione *personale* che ha il debitore con-

tra il creditore in ragione del contratto di pegno e per la restituzione della cosa, è sottoposta alla prescrizione ordinaria di anni trenta, come le altre azioni personali (art. 2262 c. c. = *2168 ll. cc.*); ma questi anni trenta non principiano a decorrere se non dal giorno in cui potè egli riprendere il pegno pagando il debito (art. 2257 c. c. = *2163 ll. cc.*), e senza pregiudizio delle sospensioni ed interruzioni di prescrizione come per dritto, per minore età o altre cagioni. Nondimeno gli anni trenta decorrerebbero anche dal giorno in cui il debito divenne esigibile, poichè dipendeva dal debitore, pagandolo a quest' epoca, di riprendere il suo pegno. Talmente che quando anche la cosa fosse perita per colpa del creditore o de' suoi eredi, sarebbero essi liberati con la prescrizione di anni trenta.

552. Ma circa all' azione *reale* o per rivendicazione, essa dura tanto tempo per quanto dura il dritto di proprietà in mano del debitore; e siccome il creditore deteneva la cosa a titolo precario, non potè, al pari de' suoi eredi, acquistarne la proprietà per qualsivoglia elasso di tempo finchè il suo possesso conservò la caratteristica di possesso a titolo precario (art. 2236 e 2237 c. c. = *2142 e 2143 ll. cc.*), e la conservò sino a tanto che la causa di questo possesso non fu invertita o per una causa proveniente da un terzo, o per la contraddizione opposta al debitore proprietario; art. 2238 c. c. = *2144 ll. cc.* In conseguenza il debi-

tore o i suoi eredi, provando di esser cosa loro, se esista ancora, possono rivendicarla, anche dopo gli anni trenta, contra il creditore o di lui eredi in mano de' quali si trovasse; ma se più non esista, non puossi più dare rivendicazione in questo caso, ancorchè, come pocanzi lo abbiamo detto, fosse perita per colpa del creditore o del suo erede.

553. *Quid* se il creditore, trovandosi in possesso del pegno, nulla abbia fatto per esser pagato da più di anni trenta computabili dalla scadenza del debito? La sua azione per pagamento è mai estinta per effetto della prescrizione, quantunque egli offrisse di restituire il pegno?

Ed il debitore nello stesso caso può mai domandare la restituzione del pegno, nell'atto che si pretendesse liberato dal debito in virtù della prescrizione, sul fondamento di non esser dichiarato dal Codice che la detenzione del pegno sia una causa d'interruzione della prescrizione ad effetto di estinguere il debito?

Nell'antico Dritto, giusta la legge 7, § 5, Cod. *Præscript. triginta vel quadrag. annorum*, la prescrizione non correva contro il creditore finchè rimaneva in sue mani il pegno: questo possesso della cosa data in pegno veniva considerato come una interruzione continua della prescrizione: *Immo et illud procul dubio est quod, si quis eorum quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit præteriti temporis, si minus effluxit triginta*

vel quadraginta annis: et multo magis, quam si esset interruptio per conventionem introducta: cum litis contestationem imitetur ea detentio.

Il caso si presenterà raramente in materia di semplice pegno, ma può facilmente offrirsi in fatto di anticresi.

La quistione fu giudicata in conformità delle leggi romane con arresto di cassazione, nel 27 maggio 1812 (1), in materia di anticresi. In verità, come ben s' immagina, era questo un caso il quale doveva essere risoluto secondo le antiche massime: per cui l' arresto in uno de' suoi motivi, lo dice espressamente, ma soggiunge che una tale risoluzione risulta *dalla stessa natura del contratto di anticresi.* Nella specie trattavasi di rendite date in anticresi nel Piemonte da quasi due secoli, per sicurezza del pagamento di una dote di 3100 scudi d'oro, i quali non si erano giammai pagati. Essendosi introdotte nel Piemonte le leggi della rivoluzione francese, abolitive della feudalità, il pegno era perito. I mediati aventi causa della creditrice della dote instituirono domanda per pagamento di questa medesima dote contro i successori mediati del costituente, che loro opposero la prescrizione, il qual mezzo fu accolto dalla Corte di Torino con decisione del 17 agosto 1809. Ma la decisione della Corte fu rivocata, e con ragione, pei seguenti motivi:

—

(1) *Sirey*, 1813, 1, 85.

« Veduta la l. 7, § 5, Cod. *de Præscript. trig.*
« *vel quadrag. annor.* e la legge 8, § 4, *eodem tit.*;
« Atteso che il mezzo di prescrizione con cui
« la decisione impugnata ha rigettato l' azione del
« ricorrente *dev' essere valutato secondo le leggi*
« *antiche, che regolavano le parti al tempo in*
« *cui essa suppone che si fosse aquistata la pre-*
« *scrizione di cui trattasi*;
« Ed atteso che da queste leggi risulta, 1.° che
« la prescrizione di un debito è legalmente inter-
« rotta per tutto il tempo in cui il debitore lascia
« che il suo creditore goda, a titolo di anticresi,
« dell' immobile sottoposto al suo credito; 2.° che
« ha luogo la stessa interruzione ogni qual volta il
« debitore paghi gl' interessi del suo credito;
« Che applicando questi canoni alla specie attua-
« le, vedesi che ogni prescrizione del credito ri-
« sultante dal contratto del 9 marzo 1613 fu im-
« praticabile per tutta la durata dell' anticresi che
« ebbe luogo in esecuzione del detto contratto, e
« che fu da parte di Paolo Emmanuele de Chal-
« lant una ricognizione espressa del suo debito;
« ricognizione costantemente rinnovata da' suoi rap-
« presentanti, tanto col consenso che costoro pre-
« starono sempre al possesso che avevano i rappre-
« sentanti di Chiara Margherita de Challant delle
« rendite date in anticresi, quanto coll' annuo pa-
« gamento che gli eredi di Paolo Emmanuele era-
« no riputati di fare agli eredi di Chiara Marghe-
« rita, degl' interessi del detto debito, rappresen-

« tati, ai termini medesimi del contratto del 1613,
« dall'annuo godimento delle dette rendite;
« *Atteso del resto che, giusta la natura medesi-*
« *ma dell' anticresi, la sua esistenza e la sua*
« *durata suppongono sempre l' esistenza e la du-*
« *rata del debito che vi diè luogo;*
« *Che è anche essenziale a questo contratto si-*
« *nallagmatico, che le obbligazioni e i dritti che*
« *ne derivano sieno reciproche tra il creditore ed*
« *il debitore, sicchè se il creditore, possessore pre-*
« *cario del pegno, non può mai prescriverne la*
« *proprietà contro il suo debitore, costui non possa*
« *a volta sua ottenere di estinguersi il suo debito*
« *per la stessa via della prescrizione*;
« Che da ciò segue di aver la decisione impu-
« gnata commesso una manifesta violazione delle
« predette leggi dichiarando il credito del rappre-
« sentante di Chiara Margherita de Challant pre-
« scritto a favore del rappresentante di Paolo Em-
« manuele de Challant, non ostante l'anticresi con-
« ceduta dal detto Paolo Emmanuele, e libera-
« mente e scientemente mantenuta da' suoi succes-
« sori sino al giorno della dimanda;
« Per questi motivi, la Corte, senza intendere
« in alcun modo di pregiudicare a' diritti delle
« parti in merito, cassa ed annulla la decisione
« profferita tra esse dalla Corte di appello di To-
« rino nel 9 giugno 1810. »
Ed in vero crediamo non solo che la quistione
doveva giudicarsi in tal senso, poichè era rego-

lata dalle leggi antiche, ma eziandio che avrebbe dovuto esserlo in tal modo vigente il Codice, malgrado che nulla esso dica intorno a questa specie particolare di causa onde interrompere la prescrizione; imperocchè va necessariamente compresa fra i casi di ricognizione che il debitore fa del suo debito, e che interrompono del pari la prescrizione: è questa una tacita e continua ricognizione del dritto del creditore.

Disposizione paticolare.

554. Le precedenti disposizioni non sono applicabili nè alle materie commerciali, nè a' luoghi autorizzati a far prestiti sopra pegni, riguardo ai quali si osservano le leggi ed i regolamenti che sono ad essi particolari; art. 2084 c. c. = *1954 ll. cc.*

Circa alle materie commerciali, noi vedemmo di sopra, n.° 523, in qual senso tale eccezione dovesse intendersi; e pei luoghi autorizzati a far prestiti sopra pegni, *V.* la legge del 16 piovoso anno XII (Bull. 340, n.° 3567); il decreto del 24 messidoro anno XII (Bull. 8, n.° 102), e quello del dì 8 termidoro anno XIII (Bull. 50, n. 850 e 851).

I luoghi autorizzati a far prestiti sopra pegni sonosi chiamati *Monti di Pietà.*

CAPITOLO II.

Dell' Anticresi.

SOMMARIO

555. *Che s' intenda per* anticresi.

556. *Se, dopo la legge del 5 settembre 1807, dovrebbe eseguirsi in ogni caso la clausola la quale compensasse in tutto o in parte i frutti con gl' interessi.*

557. Quid *di quella che accordasse al creditore l'abitazione in una casa, in compenso degl' interessi del credito?*

558. *In qual senso probabile il Codice dice che l' anticresi non si stabilisce senza scrittura?*

559. *Il contratto di anticresi, come quello di pegno, è contratto* reale, *e generalmente del numero de' contratti sinallagmatici imperfetti: conseguenza circa alla quistione se la scrittura privata con cui fosse stabilito dovesse per necessità farsi in doppio originale.*

560. *Se l' anticresi abbia effetto riguardo a' terzi: discussione.*

561. *Obbligazioni del creditore.*

562. *Suo dritto di ritenzione finchè non sia pagato.*

563. *Se mai la seconda disposizione dell' art. 2082 c. c. sia puranche applicabile nei casi di anticresi.*

564. *Il creditore può rinunciare al suo dritto per dispensarsi di adempierne i pesi, salvo patto in contrario.*

565. *La mancanza di pagamento nel termine stabilito non lo rende proprietario dell' immobile, salvo a lui il dimandarne la spropriazione per le vie legali.*

566. *I tribunali non possono anche ordinare, come nei casi di pegno, che l' immobile gli rimarrà in pagamento, a giudizio dei periti.*

567. *È nulla e di niun effetto la convenzione che in mancanza di pagamento il creditore potrà vendere l' immobile:* quid *di quella la quale lo autorizzasse a venderlo all' incanto innanzi notaio, in presenza del debitore?*

568. *È valida la vendita fatta dal debitore al creditore dopo il contratto di anticresi.*

569. *L'immobile può darsi da un terzo, e l'anticresi, come il pegno, è indivisibile ne' suoi effetti.*

570. *Rimessione* supra *circa alle quistioni di prescrizione.*

555. Per *anticresi* s'intende propriamente la cessione dell'usufrutto di un immobile per far le veci degl'interessi di una somma ricevuta: appunto così il giureconsulto Marciano considera l'anticresi nella legge 11, § 1, ff. *de Pignorib. et Hypoth.* Ma vigente il Codice, come in generale nella nostra antica giurisprudenza, il creditore con questo contratto non altro acquista per diritto comune se non la facoltà di raccorre i frutti dell'immobile datogli a questo titolo, coll'obbligo d'imputargli annualmente a sconto degl'interessi, se gli sono dovuti, e quindi del capitale del suo credito; art. 2085 c. c. = *1955 ll. cc.*

Deve in conseguenza coltivare il fondo da buon padre di famiglia, e generalmente secondo l'uso del proprietario, cioè senza cangiare il modo di coltivazione, la natura de' prodotti; senza svellere vigne per farne terreni aratorî, senza dissodar prati di buon prodotto, ec. E qualora trattisi di una casa, dee provvederla d'inquilini, se non ve ne sieno, e surrogar quelli che ne uscissero. Del resto seguonsi le stipulazioni espresse nel contratto, circa al modo di godimento.

556. Diciamo per *dritto comune*, giacchè, secondo l'art. 2089 c. c. = *1959 ll. cc.*, è permesso alle parti di stipulare che i frutti si compenseranno con gl'interessi in *tutto*, o sino ad una de-

terminata concorrenza; e tale convenzione viene eseguita come qualunque altra che non sia vietata dalle leggi. La convenzione può essere che la metà de' frutti, per esempio, si compenserà con tutti gl' interessi, o che tutti i frutti si compenseranno con la metà degl' interessi soltanto; ma fuori il caso in cui siasi pattuito che gl' interi frutti si compenserebbero con gl' interessi, in tutto o in parte, il creditore è obbligato di fare uno stato de' frutti, a fin di presentare un conto quando restituirà lo stabile.

Un tempo nella maggior parte de' Parlamenti non ammettevasi nulladimeno il patto di anticresi propriamente detto, quello cioè che attribuiva al creditore l' usufrutto dell' immobile per gl' interessi del suo capitale, e lo dispensava di render conto de' frutti. Non ostante tale convenzione, era egli obbligato di renderne conto, e semplicemente s' imputavano i frutti, dedotte le spese, sugl' interessi, e quindi sul capitale. Si erano voluto prevenire le convenzioni usurarie. Vigente il Codice, il quale permette alle parti di stipulare gl' interessi in materia di mutuo a quella ragione che piaccia loro di stabilire (1907 c. c. = *1779 ll. cc.*), è chiaro che non dovea soffrire dubbio alcuno il patto in forza del quale i frutti dell' immobile si compenseranno per intero con gl' interessi: questa convenzione *doveva eseguirsi come ogni altra la quale non sia vietata dalle leggi*; l' art. 2089 c. c. = *1959 ll. cc.*, che l' autorizza, era in perfetta armonia con

la legislazione esistente sull' interesse convenzionale. Ma dopo la legge del 3 settembre 1807, la quale stabilì il quantitativo di tale interesse (al cinque per cento, senza ritenuta, in materia civile, ed al sei in materia commerciale), ci sembra indubitato che simile convenzione non possa più mantenersi come *non proibita dalle leggi*, se non siavi una certa proporzione tra la rendita probabile dello stabile dato in anticresi, e l'interesse al prezzo ordinario, o legale: altrimente potrebbe esservi adito a mostruose convenzioni usurarie. E non si dica che un contratto di locazione si eseguirebbe qualunque fosse la viltà del prezzo; che nell' affitto il conduttore sarebbe fatto indenne della perdita di più di metà d' uno o diversi ricolti, mentre che nell' anticresi così pattuita, la perdita anche totale di uno o più ricolti sarebbe sopportata dal creditore il quale non avrebbe dritto a dimandare interessi; che nella locazione il conduttore non altro sopporta se non le riparazioni locative, mentre che nell' anticresi il creditore deve puranche sopportar quelle di manutenzione, e pagar le imposizioni; imperocchè si risponderebbe che le parti non intesero di fare un affitto, ma soltanto un contratto di anticresi o di pegno. Un proprietario non è mai costretto di locare a vil prezzo, ma uno il quale stretto dal bisogno prende a mutuo, non può perloppiù esimersi dalle condizioni usurarie che gli si vogliano imporre; perlocchè le leggi vengono in loro sostegno, nell' atto che un locatore non aveane d'uopo.

Se adunque il contratto di anticresi attribuisca gli interi frutti al creditore in compenso degl' interessi, è necessario che siavi una certa proporzione tra gli uni e gli altri, perchè questa convenzione non sia oggidì *del numero di quelle che son vietate dalla legge*: in questo caso il creditore non sarà obbligato di rendere un conto circostanziato del suo usufrutto; ma nel caso contrario dovrà render conto, ed i frutti s' imputeranno sugl' interessi, e quindi sul capitale. Ogni altro sistema schiuderebbe il varco a vergognose usure (1).

557. Abbiam detto di potersi dare in anticresi una casa al pari di un territorio, poichè in fatti una casa procura un godimento, prodotto delle pigioni, che sono frutti, e frutti civili (art. 584 c. c. = *509 ll. cc.*); ma *quid* allorchè siasi data in anticresi una casa, con patto che il creditore l'abiterebbe a sconto degl' interessi del suo avere, ed il godimento di essa fosse d' un annuo valore eccedente di molto l' interesse della somma dovuta? La l. 14, Cod. *de Usuris* dichiara che il debitore non può pretendere di doversi imputare il dippiù sul capitale; giacchè, dice quella legge, qui trattasi meno di un interesse usurario che d' una locazione fatta a vil prezzo: *non ideo tamen illicitum fœnus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.* Ma giusta le ragioni da noi pocanzi esposte, si dovrebbero nel nostro Dritto

(1) Fu così giudicato dalla Corte di Mompellieri nel 21 novembre 1829; *Sirey*, 1830, 2, 88.

considerar le circostanze della causa: se la pigione della casa, supponendola altronde di facile locazione, avesse probabilmente sorpassato assai gl' interessi del credito, i tribunali potrebbero, anzi dovrebbero ordinare l' imputazione a sconto del capitale, di tutto a parte del dippiù, a fin di reprimere una convenzione usuraria. Ma essi non avrebbero riguardo ad una differenza poco importante: *de minimis non curat Prætor.*

558. L' anticresi, secondo l' art. 2085 c. c. = *1955 ll. cc.*, non si stabilisce senza scrittura; ma ciò probabilmente circa all' effetto che essa potrebbe avere riguardo a' terzi; giacchè tra le parti non vedesi perchè non dovrebbe seguirsi il dritto comune riguardante le pruove, salvo che sarebbe esclusa la pruova testimoniale, qualunque si fosse il valore. L' anticresi è un pegno, lo che suppone di essersi consegnato l' immobile: or un contratto *reale* è sempre perfetto tra le parti pel solo fatto di essersi consegnata la cosa a quel titolo che fu tra esse pattuito; nè va soggetto ad alcun altra formalità. Perchè dunque avverrebbe diversamente in materia di anticresi? Non vedesene la ragione. Laonde crediamo che la confessione del debitore sul fatto stesso dell' anticresi, lo stabilirebbe a suo riguardo ed a riguardo de' suoi eredi; e dicasi lo stesso del suo rifiuto a prestare il giuramento che gli fosse deferito dal creditore, poichè il giuramento decisorio può deferirsi sopra qualsivoglia specie di controversia, ancorchè non esista alcun principio di

prova scritta della dimanda o della eccezione su cui è provocato; art. 1358 e 1360 c. c. = *1312 e 1314 ll. cc.* Questo contratto, al pari della locazione, è una cessione di usufrutto, con effetto pure per certi riguardi meno estesi di quelli della locazione: or la locazione, anche quando non abbia ancora ricevuto alcun principio di esecuzione, può provarsi con la confessione della parte, o col suo rifiuto di prestare il giuramento. A vicenda l'anticresi potrebbe esser provata contra il creditore, con la sua confessione, o col suo rifiuto di prestare il giuramento che gli referisse il debitore.

559. Applicando all'anticresi l'idea generale che si è da noi data del pegno, vi si vede un contratto *reale*, interessato da ambe le parti, e sinallagmatico imperfetto; e siccome, giusta ciò che dicemmo parecchie volte, l'art. 1325 c. c. = *1279 ll. cc.*, il quale dichiara valide le scritture private contenenti convenzioni sinallagmatiche sol quando siensi fatte in tanti originali per quante erano le parti aventi un interesse distinto, non è in generale applicabile se non alle convenzioni sinallagmatiche propriamente dette, ci sembra che la scrittura privata, sottoscritta dal debitore, benchè non fatta in doppio originale, o fatta in doppio, ma senza contenere la menzione del numero di originali fattisi, proverebbe bastantemente la convenzione di anticresi; che vi sarebbe forse soltanto luogo ad eccettuare da questa risoluzione il caso in cui fosse convenuto che i frutti si compenserebbero con gl'interessi, perchè in

tal caso il contratto avrebbe molta analogia con la locazione, che è un contratto perfettamente sinallagmatico; ed ancora l' esecuzione che gli si fosse data coll'essersi posto in godimento il creditore, potrebb' essere considerato come completando bastantemente la pruova risultante dalla scrittura fatta in un solo originale.

560. Il creditore in virtù di questo contratto, dice sempre il nostro art. 2085 c. c. = *1955 ll. cc.*, *non acquista altro che la facoltà di raccorre i frutti dell' immobile*, coll'obbligo d' imputargli annualmente a sconto degl' interessi, se gli sono dovuti, e quindi del capitale: in conseguenza egli non acquista alcun privilegio o ipoteca sull'immobile; e ciò vien confermato dall' art. 2091 c. c. = *1961 ll. cc.*, il quale dice: « Quanto è stato pre-« scritto nel presente capitolo non porta verun pre-« giudizio alle ragioni che potessero spettare ai terzi « sopra gl'immobili dati a titolo di anticresi.

« Se il creditore, oltre il titolo di anticresi, aves-« se altri privilegî o ipoteche legalmente stabilite « e conservate sopra lo stesso immobile, le speri-« menta nel grado che gli compete, e come qua-« lunque altro creditore. »

Ma questa disposizione è intesa ben diversamente dagl' interpreti del Codice. Alcuni, come Delvincourt (1), vogliono che significhi che l' anticresi

---

(1) Secondo questo autore, non solo l'anticresi con data certa non ha alcun effetto riguardo alle ipoteche costituite anche posterior-

non è di ostacolo all' esercizio de' privilegî e delle ipoteche costituite anche posteriormente; che in diverso caso essa nulla significherebbe, se avesse soltanto per oggetto di stabilir che l'anticresi non pregiudica a' dritti i quali si fossero da'terzi acquistati sull' immobile al momento in cui era costituita, poichè si sottointendeva che non potesse recar pregiudizio a simili dritti; che per dare un senso ragionevole a questa disposizione, bisogna dunque intenderla anche riguardo ai privilegi o ipoteche che i terzi avessero mai acquistato sull' immobile dopo la costituzione dell' anticresi. E secondo essi, l' anticresi, vigente il Codice civile, non è un *pegno*, ma una semplice delegazione di frutti; è un pegno tra le parti soltanto, nel senso che il debitore non può riprendere l' immobile prima di aver pagato il debito pel quale lo diede in anticresi; che unicamente per tal riguardo il creditore è *cautelato con pegno*, poichè è proprio del dritto *reale* che produce il vero contratto di pegno, di assicurare al creditore la prelazione sugli altri creditori i quali non hanno un dritto di privilegio o d' ipoteca anteriore al suo, e di poter rivendicare la co-

---

mente, ma dippiù non impedisce a' semplici creditori chirografarî di pegnorare e far vendere i frutti a misura che maturino finchè sono pendenti, ad effetto di dividerne il prodotto per contributo con colui al quale è stato costituita l' anticresi; e dice che ciò *non gli sembra dubbioso*. Per lo stesso motivo i creditori potrebbero far vendere l' immobile senza aver riguardo al godimento di colui che lo ricevè in anticresi. In quanto a noi, non è dubbioso il sentimento contrario, per le ragioni che ora esporremo.

sa dalle mani di un terzo; in vece che il Codice, essi dicono, nega evidentemente tale prelazione al creditore semplicemente anticretico, sui creditori aventi privilegio o ipoteca sopra l'immobile, o che questi dritti sieno posteriori ovvero anteriori alla costituzione dell' anticresi, poichè non distingue.

Senza dubbio non puossi dire che vigente il Codice il dritto di anticresi sia assolutamente ciò che era nel Dritto romano e nella nostra antica giurisprudenza, un dritto di pegno propriamente detto, dante luogo al dritto *reale* come l'ipoteca; ma tale qual è, non assicura meno al creditore tutti i suoi effetti riguardo agli altri creditori del debitore i quali hanno acquistato ipoteche sull'immobile posteriormente alla sua costituzione, e riguardo ai creditori semplicemente chirografarî: ciò è facile a dimostrarsi con diverse disposizioni dello stesso Codice civile.

1.° Secondo l' art. 2071 c. c. = *1941 ll. cc.*, il pegno è un contratto col quale il debitore dà al suo creditore una cosa per *sicurezza* del debito, e giusta l' art. 2072 c. c. = *1942 ll. cc.*, quando sia data una cosa mobile, ritiene il nome di *pegno*; quando sia data una cosa immobile, si chiama *anticresi*. Quindi l' anticresi è un *pegno*, nè si può negarlo anche vigente il Codice: or il creditore non ha alcuna *sicurezza* se il debitore ipotecando l' immobile dopo la costituzione di anticresi, possa conferire a coloro ai quali lo ipoteca, il dritto di far-

lo vendere senza aver riguardo al dritto di anticresi, e se i creditori semplicemente chirografarî possano pegnorare i frutti a misura che maturino, ed anche far pegnorare e vendere lo stabile dopo di aver ottenuto sentenza di condanna contro il debitore, o in virtù di un titolo esecutivo: ciò è evidentissimo. Siffatta opinione non può dunque sostenersi a fronte delle disposizioni di questi articoli.

2.° Un semplice colono o inquilino, il quale al certo nè tampoco ha, anche vigente il Codice, alcun dritto *reale* propriamente detto sul fondo, purtuttavolta, secondo l'art. 1743 c. c.=*1589 ll. cc.*, se egli abbia una scrittura di affitto autentica o di data certa, non può essere espulso dal compratore, purchè il contratto di affitto non ne contenga clausola espressa: or come mai un creditore anticretico nello stesso caso potrebb' esserlo, egli che ha un dritto di *pegno*? imperocchè l'anticresi, sotto qualsivoglia aspetto si voglia considerarla vigente il Codice, è almeno un dritto sì valido pel creditore, quanto il dritto di locazione lo è pel conduttore, mentre gli conferisce ugualmente la facoltà di goder della cosa. Se adunque un acquirente non potrebbe espellere il creditore anticretico, come mai un creditore ipotecario posteriore all'anticresi, o de'semplici creditori chirografarî lo potrebbero mediante il pegnoramento dell' immobile? Imperocchè, si osservi ciò attentamente, non di altro si tratterebbe fra essi: il creditore anticretico non pretende di primeggiarli a questo titolo: non

trattasi fra loro di una quistione di *graduazione*, ma semplicemente di una quistione di *ritenzione*, per effetto del possesso; per cui se egli non avesse più questo possesso, se lo avesse trasmesso al debitore, non potrebbe affacciare alcuna pretensione di godere esclusivamente dell'immobile fino al pagamento del suo credito; non lo potrebbe anche rispetto ai semplici creditori chirografarî.

3.° Se un inquilino avente un contratto di affitto con data certa anteriore alla costituzione d'ipoteche da parte del locatore, avesse fatto pagamenti anticipati in virtù di una clausola inserita nel suo contratto, i creditori che pegnorerebbero l'immobile sarebbero obbligati non solo a rispettare l'affitto, in conformità dell'art. 691 c. pr. = *769 ll. pr. civ.*, ma eziandio ad aver riguardo a tali pagamenti, poichè il debitore, il quale poteva vendere senza ledere allora i lor dritti, poteva certamente locare con condizione di certi pagamenti fatti con anticipazione: or perchè dunque i creditori posteriori alla costituzione di anticresi, non avrebbero riguardo alcuno al godimento del fittaiuolo a questo titolo? Se il godimento di quest'ultimo non altro è, come pretendesi, che una semplice delegazione di frutti, che mai è dunque il dritto risultante da una locazione? Delvincourt medesimo (1) riguarda gli affitti maggiori di un novennio come una specie di alienazione: appunto per questo mo-

(1) Tomo III, p. 427, ediz. del 1819.

tivo, egli dice, sono essi vietati quando trattisi di beni di minori, e inibisce la legge al marito di concederne simili pei beni della moglie senza il costei consenso; perlochè, a parer suo, e malgrado le generiche parole del cennato art. 691 c. pr., i creditori aventi ipoteca anteriore al contratto di affitto dovrebbero avere il dritto di ottenerne lo scioglimento, senza essere obbligati a provare che il debitore volle frodarli e che il fittaiuolo fu complice, giacchè, egli dice, gli affitti che hanno ancora lunga durata debbono generalmente diminuir molto il valor venale dell' immobile; e pur nondimeno negava questa facoltà di domandare lo scioglimento dell' affitto, qualunque ne fosse la durata, anche di anni ventisette o trentasei, ai creditori chirografarî, ed anche ai creditori ipotecarî posteriori al contratto di affitto, *perchè*, sono sue parole, il *debitore*, *vendendo*, *poteva privarli di ogni dritto sul fondo: egli dunque potè fare un atto che arreca loro meno pregiudizio.* Or chi non vede che questo ragionamento è del pari applicabile a chi abbia dato in anticresi anteriormente alla costituzione delle ipoteche, o che abbia creato debiti chirografarî? Avvi dunque evidentemente contraddizione di regole.

4.° Se l'anticresi non dovea produrre alcun effetto riguardo ai terzi, perchè mai si disse che non si stabilirebbe *senza scrittura*? Tra le parti medesime la scrittura non è generalmente richiesta come condizione sostanziale della convenzione: lo è soltanto

per la pruova, e allorchè questa pruova manca, il Codice ne autorizza altre. Le stesse vendite si provano bastantemente con la confessione delle parti. Se dunque si credette di doversi richiedere una scrittura per costituir l'anticresi, n'è motivo di essersi considerati gli effetti che essa potrebbe avere riguardo ai terzi.

Laonde, o che si riguardi l'anticresi come essendo ancora un vero pegno, o che sia essa considerata qual semplice attribuzione di frutti, qual cessione di godimento, convien riconoscere che ha e deve aver l'effetto che le parti intesero di darle, e che questo effetto non può essere reso illusorio da crediti posteriori, anche con ipoteca sull'immobile.

E non dicendo il Codice per l'anticresi, come pel privilegio risultante da pegno, che la scrittura privata con cui fosse stabilita dev'essere registrata, ne conchiudiamo che in qualsivoglia modo abbia acquistato data certa (purnondimeno in uno di quelli espressi nell'art. 1328 c. c. = *1232 ll. cc.*), può essere opposta ai terzi.

561. Poichè il creditore raccoglie i frutti dell'immobile, è tenuto, a meno che non siasi altrimente pattuito, a pagare le contribuzioni ed altri pesi annui, che sono pesi de'frutti; giacchè *fructus intelligendi non sunt, nisi impensis deductis.*

Dee pure, sotto pena di danni ed interessi, provvedere alla manutenzione ed alle riparazioni utili e necessarie dell'immobile; salvo il dritto di precapir sopra i frutti tutte le spese relative a tali oggetti; art. 2086 c. c. = *1956 ll. cc.*

562. Il debitore non può ripetere il godimento dell'immobile che ha dato in anticresi, prima che abbia soddisfatto interamente il debito; art. 2087 c. c. = *1957 ll. cc.*

E nella espressione di *soddisfatto interamente il debito* vanno anche compresi gl'interessi e le spese, se ne fossero dovute, come nel caso del pegno propriamente detto.

563. Ma benchè niuna disposizione di questo capitolo renda formalmente comune all'anticresi quella dell'art. 2082 c. c. = *1952 ll. cc.*, secondo paragrafo, e quelle degli art. 2077 e 2083 c. c. = *1947 e 1953 ll. cc.* le sieno testualmente dichiarate applicabili dall'art. 2090 c. c. = *1960 ll. cc.*, non bisogna purtuttavolta inferire da questo silenzio che i compilatori del Codice non intesero di applicarvela: la ragione è assolutamente la stessa che nel caso del pegno, e nel Dritto romano non facevasi a tal riguardo alcuna distinzione tra l'anticresi ed il pegno. In conseguenza se lo stesso debitore abbia contratto un nuovo debito, divenuto esigibile prima o nel tempo stesso che quello pel quale fu dato in anticresi l'immobile, il creditore non è costretto di restituirlo prima del pagamento dell'uno e l'altro debito, quando anche l'usufrutto del fondo non fosse stato espressamente destinato alla soddisfazione del secondo. Ma in questa ipotesi l'anticresi, secondo noi, non avrebbe alcun effetto, circa al secondo debito, riguardo agli altri creditori, vie maggiormente che non ne ha a loro ri-

guardo il pegno propriamente detto, allorchè non siensi osservate le formalità costitutive del privilegio, come il dicemmo su questo caso.

564. Siccome l' anticresi fu contratta nell' interesse del creditore, ed è lecito a ciascuno di rinunciare a ciò ch' è stabilito in suo vantaggio, il creditore, se voglia liberarsi dagli obblighi di cui si è parlato, può sempre costringere il debitore a riprendere il godimento del suo immobile, purchè non abbia rinunziato a questo dritto; art. 2087 c. c. = *1957 ll. cc.* Ma quando abbia rinunciato a questo dritto, il contratto ha la caratteristica dei contratti sinallagmatici propriamente detti; salvo pure al creditore a dichiarare che rinuncia al suo credito, nel qual caso potrebbe senza alcun dubbio costringere il debitore a riprendere il suo immobile. Del resto tale rinuncia non esisterà se non nel caso in cui fosse convenuto che i frutti si compenseranno con gl' interessi, o totalmente, o sino ad una certa concorrenza: in fatti in questo caso la convenzione, come lo abbiam già detto, ha molta analogia con la locazione, e la locazione non può sciogliersi che di comune accordo, o per le cause espresse dalla legge. Ma anche in siffatto caso il creditore può eziandio, tranne patto in contrario, costringere il debitore a riprendere il suo immobile, per liberarsi dagli obblighi di far le riparazioni e di pagar le imposizioni; imperocchè questa convenzione di compensarsi i frutti con gl' interessi non sarebbe presunta di essersi fatta per di-

struggere l'effetto del dritto comune riguardante la facoltà di rinunciare al beneficio dell' anticresi per dispensarsi dal sopportarne più a lungo i pesi.

565. Il creditore non diventa proprietario dello immobile per la sola mancanza del pagamento nel termine convenuto: qualunque patto in contrario è nullo. In mancanza di pagamento può domandare con mezzi legali la spropriazione del suo debitore; art. 2088 c. c. = *1958 ll. cc.*

566. Ma la legge non accorda in questo caso al creditore, come quando trattisi di un semplice mobile dato in pegno (art. 2278 c. c. = *2184 ll. cc.*), il dritto di far ordinare dai tribunali che l'immobile gli rimarrà in pagamento del suo credito, o sino alla debita concorrenza, a giudizio de' periti; e non possono i tribunali arrogarsi questo potere: vi è soltanto luogo alla spropriazione co' mezzi legali.

567. Ed ancorchè si fosse convenuto con l' atto di anticresi che in mancanza di pagamento nel termine stabilito, il creditore potrebbe vendere l'immobile, questo patto non avrebbe effetto (1). Essa non sarebbe anche valida nel caso in cui si fosse detto che in mancanza di pagamento il creditore potrebbe far vendere l' immobile al pubblico in-

(1) Fu giudicato dalla Corte di Bourges (nel dì 8 febbraio 1810; *Sirey*, 1812, 2, 20) che il creditore non può vendere l' immobile, benchè il debitore gliene abbia data facoltà nel caso in cui il debito non fosse pagato al maturo.

La Corte di Torino giudicò nello stesso senso nel 21 luglio 1812; *Sirey*, 1813, 2, 223.

canto innanzi notaio, chiamato convenevolmente il debitore: non potrebbe egli vendere in questo modo, se il debitore non vi prestasse allora il suo consenso. Purtuttavolta si giudicò il contrario dalla Corte di Treveri nel 15 aprile 1813 (1), ed il Dritto romano (2), convien dirlo, ammetteva la convenzione che autorizzava il creditore a vendere, in mancanza di pagamento nel tempo stabilito. Ma poichè il Codice, nell'art. 2078 c. c. = *1948 ll. cc.* esclude, anche in materia di semplici cose mobili, *ogni patto* che autorizzasse il creditore a disporre del pegno altrimente di quel ch'è detto in questo articolo, vie maggiormente esso intese di non ammettere queste specie di clausole in fatto d'immobili, o di anticresi.

568. Del resto, al pari che nel caso di pegno, la vendita fatta dal debitore al creditore dopo l'atto di anticresi è perfettamente valido, come la dazione in pagamento: allora egli è libero. Avverrebbe lo stesso abbenchè questa vendita o questa dazione in pagamento fosse stata fatta in esecuzione di un patto contenuto nell'atto di anticresi, prevedendo la mancanza di pagamento nel tempo convenuto: imperocchè siccome questo patto era assolutamente nullo, il debitore vendendo o dando in pagamento l'immobile, non ha meno oprato con

---

(1) *Sirey*, 1814, 2, 11. Delvincourt dice che questa risoluzione potrebbe ammettersi, per argomento dell'art. 747 c. pr. = *831 ll. pr. civ.*, ma ben inteso nel caso in cui non vi fosse alcun reclamo da parte degli altri creditori.

(2) L. 16, § 9, ff. *de Pignorib. ed hypoth.*

piena libertà: sapeva o doveva sapere al tempo della vendita, di non essere in alcun modo vincolato dal patto.

569. Al pari del pegno (art. 2077 c. c.=*1947 ll. cc.*), l' immobile costituito in anticresi può esser dato da un terzo; e le regole riguardanti l'indivisibilità dell' effetto del pegno tra gli eredi del debitore e quelli del creditore si applicano similmente all' anticresi ; art. 2090 c. c. = *1960 ll. cc.*

570. Circa alle quistioni di prescrizione, *V.* ciò che si disse di sopra, n.° 551 e seguenti.

FINE DEL PEGNO E DEL DICIOTTESIMO VOLUME.

TAVOLA

DELLE MATERIE

LIBRO III.

De' differenti modi co' quali si acquista la proprietà.

TITOLO XI.

Del deposito e del sequestro.

SEZIONE PRIMA

SEZIONE II.

SEZIONE III.

CAPITOLO III.

PARTE II.ª

CAPITOLO PRIMO

CAPITOLO II.

TITOLO XII.

De' contratti aleatorii.

CAPITOLO PRIMO

CAPITOLO II.

CAPITOLO III.

SEZIONE I.

SEZIONE II.

TITOLO XIII.

Del Mandato.

CAPITOLO PRIMO

CAPITOLO II.

CAPITOLO III.

CAPITOLO IV.

TITOLO XIV.

Della fideiussione.

CAPITOLO PRIMO

CAPITOLO II.

SEZIONE PRIMA

SEZIONE II.

SEZIONE III.

CAPITOLO III.

CAPITOLO IV.

TITOLO XV.

Delle transazioni.

CAPITOLO PRIMO

CAPITOLO II.

CAPITOLO III.

CAPITOLO IV.

CAPITOLO V.

TITOLO XVI.

Dell' arresto personale.

CAPITOLO PRIMO

SEZIONE PRIMA

SEZIONE II.

SEZIONE III.

CAPITOLO II.

CAPITOLO III.

CAPITOLO IV.

CAPITOLO V.

TITOLO XVII.

Del Pegno.

CAPITOLO PRIMO

SEZIONE PRIMA

SEZIONE II.

CAPITOLO II.

Fine della Tavola.

ERRATA	CORRIGE
Capitolo IV— Sommario	Capitolo IV—Del fideiussore legale, e del fideiussore giudiziario.